

Supremo Tribunal Federal*

Tribunal Pleno

HABEAS-CORPUS Nº 67759-2 — RIO DE JANEIRO

Relator: Ministro Celso de Mello

Pactes: Carla Esteves de Azevedo Guedes e Outra

Impte: Nélío Roberto Seidl Machado

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas-Corpus. Ministério Público. Sua destinação constitucional. Princípios Institucionais. A Questão do Promotor Natural em face da Constituição de 1988. Alegado excesso no exercício do poder de denunciar. Inocorrência. Constrangimento injusto não caracterizado. Pedido Indeferido.

- 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).

(*) Nos acórdãos do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em obediência ao Ofício GDG nº 234, de 20.11.80, do Sr. Diretor-Geral do STF, os nomes das partes interessadas serão publicados na íntegra.

- Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTÁVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas-corpus*.

Brasília, 06 de agosto de 1992.

SYDNEY SANCHES - Presidente

CELSO DE MELLO - Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, em substituição, Dr. MARDEM COSTA PINTO, assim resumiu e apreciou a espécie destes autos (fls. 198/205), *verbis*:

“Trata-se de *habeas-corpus* impetrado pelo advogado Nélio Roberto Seidl Machado, em favor de Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra, alegando o seguinte:

- a) as pacientes foram presas em flagrante, na cidade do Rio de Janeiro, acusadas de envolvimento no crime de tráfico de substância tóxica, como resultado da gigantesca operação policial chamada ‘Operação Bandeja’;
- b) o procedimento policial foi distribuído ao Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da cidade do Rio de Janeiro, onde o Promotor Público titular, Dr. Avelino Gomes Moreira Neto, opinou pela concessão de liberdade provisória às pacientes, mediante o pagamento de fiança, entendendo ainda que na hipótese se não configurava tráfico ilícito de substância tóxica;
- c) no dia seguinte ao pronunciamento do Dr. Avelino Gomes Moreira Neto, Promotor titular da 5ª Vara Criminal, o Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro

editou portaria designando o Promotor Luiz Carlos Rodrigues da Costa para acompanhar o Inquérito nº 032/89, em que as pacientes figuravam como indiciadas, bem como em todos os demais inquéritos resultantes da chamada 'Operação Bandeja' (f. 74);

d) o Promotor designado ofereceu denúncia contra as pacientes, perante o Juiz Criminal da 5ª Vara do Rio de Janeiro, imputando a elas o crime de tráfico de substância tóxica (fls. 51/57);

e) impetrou *habeas-corporis* perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, visando anular a ação penal (fls. 22/42), sendo denegada a ordem (fls. 99/103);

f) inconformado, interpôs recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, que por maioria negou provimento ao mesmo (fls. 106/112 e 132/160);

g) em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso ordinário, impetra-se *habeas-corporis* originário perante o Supremo Tribunal Federal, visando a anulação do procedimento penal, ao fundamento de que restou violado, com a nomeação de promotor especial, o princípio constitucional do Promotor Natural.

2. O presente *writ* é de ser conhecido, pois eventual coação ilegal teria partido do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso ordinário interposto pelas pacientes, passando assim a coator, com ficou decidido no HC nº 67.263-9-SP, Pleno, onde o eminente Ministro Moreira Alves enfatizou que é sempre lícito ao interessado chegar ao Supremo Tribunal Federal '... por meio do *habeas-corporis* originário (art. 102, I, 'i' da Constituição), se, interposto recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça, este lhe negar provimento, tornando-se, assim, o coator'.

3. No mérito, somos pela concessão da ordem.

4. É que o princípio da independência funcional do Ministério Público, agora constitucionalmente assegurado (art. 127, § 1º, da Carta Magna), implica na consideração de que foi instituída a figura do Promotor Natural.

5. Efetivamente, se o chefe do Ministério Público, ou órgão de sua estrutura, colegiado ou singular, não pode impor ao Promotor sua linha de orientação, dizendo a ele como deve agir em tal ou qual hipótese, porque estaria violando a sua autonomia funcional, não pode também afastá-lo do ofício para onde foi legalmente designado, ou restringir a sua atuação em face

de determinado caso, porque isto significa forma eficaz de contornar, na prática, o princípio do Promotor Natural, não devendo ser esquecido que tal ocorre, sempre, quando há divergência ou possibilidade dela, entre o posicionamento do Promotor de Justiça, frente a uma situação concreta, e o do Procurador-Geral.

6. Na hipótese em debate fica clara esta divergência, pois a portaria designando Promotor Especial foi editada, sem qualquer motivação ou justificativa, no dia seguinte ao pronunciamento do Promotor Titular da 5ª Vara Criminal, opinando pela concessão de liberdade provisória e adiantando que entendia inexistente o crime do art. 12 da Lei 6.368/76, resultando no oferecimento de denúncia por crime de tráfico de substância tóxica (fls. 51/53 e 74).

7. O fato de existir um chefe não significa que exista qualquer tipo de subordinação funcional, sendo o Promotor ou qualquer membro inteiramente livre para exercer a sua atividade, oficiando autônoma e fundamentadamente, com obediência exclusiva à lei e a sua consciência.

8. Daí se extrai o princípio do Promotor Natural que não é apenas regalia funcional individual do órgão ou membro da instituição, que deve atuar livremente nos processos afetos ao limite de suas atribuições, conforme determinação legal, mas principalmente uma garantia de todo cidadão ou entidade jurídica no sentido de que está afastada a possibilidade da existência do Promotor de Exceção, havendo sempre, conforme determinação legal *preexistente*, um órgão específico do Ministério Público atuando de forma independente e com legitimidade processual, sendo ao mesmo tempo uma garantia individual e social.

9. O Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ilustre Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em atualíssimo trabalho intitulado *O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conceito*, Forense, 2ª edição, traz importante contribuição doutrinária sobre o tema, que vale a pena ser transcrita, *verbis*:

‘Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qual a garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar da conveniência ou não de promover ação penal em face de alta autoridade pública, para promover ou não ação cível

contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para promover ação visando a apurar abuso e omissões de autoridade; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma.

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do *Parquet*' (f. 53).

10. Parece-nos, mais, que o princípio do Promotor Natural encontra apoio ainda nos princípios constitucionais da proibição do Juízo ou Tribunal de exceção e do devido processo legal (art. 5º, incisos XXXVII e LIV, da Carta Magna), bem como na garantia da inamovibilidade.

11. Efetivamente, não se concebe a garantia da inexistência de Juízo ou Tribunal de exceção com a possibilidade concreta da existência da acusação *ad hoc*, especialmente designada, onde é possível antever desempenho inconseqüente ou dirigido, às vezes com sacrifício da função institucional do Ministério Público, que é a defesa intransigente da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

12. Por outro lado, a garantia do devido processo legal não se realizará plenamente sem a certeza de que não haverá acusador de exceção, pois qualquer procedimento só será considerado legítimo assegurada a atuação livre e independente de órgão ou autoridade com atribuição funcional previamente fixada em lei.

13. Neste ponto, é válido trazer à colação o Magistério de Hugo Nigro Mazzilli, ilustre membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, em sua obra *O Ministério Público na Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, página 79, *verbis*:

‘Não há dúvida de que, normalmente, quando a Constituição menciona ‘processar e julgar’, está querendo referir-se à tarefa jurisdicional (cf. arts. 52, I e II, 102, I, 105, I, 108, I e 109).

Entretanto, partindo-se da exclusividade da promoção da ação penal, agora conferida ao Ministério Público (art. 129, I), bem como considerando-se a inamovibilidade

comum de que gozam juízes e promotores (arts. 95, II e 128, § 5º, I, b), bem como o procedimento da independência funcional que não é uma garantia só para o órgão, e sim para a sociedade, final destinatária de sua atuação, vemos que o princípio do promotor natural hoje faz parte do devido processo legal (CF, art. 5º, LIII e LIV). Assim, sob esse prisma, a norma do art. 5º, LIII, pode também ser considerada, a um só tempo, o princípio do juiz e o do promotor com competência ou atribuição legal para oficiarem no caso.

É o mesmo princípio do promotor natural, mas agora sob uma ótica diversa. Realmente, este é o primeiro direito do acusado: não apenas o de ser julgado por um órgão independente do Estado, mas, até mesmo antes disso, o de receber a acusação independente, de um órgão do Estado escolhido previamente segundo critérios e atribuições legais, abolidos não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim e principalmente eliminada a figura do próprio acusador público de encomenda, escolhido pelo Procurador-Geral de Justiça?.

14. É preciso ressaltar que tal princípio só admite as exceções previstas em lei, tais como licença, remoção, férias, etc., não sendo possível o afastamento sem motivação legal, nem a avocação incosequente, como na hipótese dos autos.

15. Aqui é preciso novamente trazer a doutrina do Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *obra citada, verbis*:

‘Todo e qualquer ato do Procurador-Geral que contrarie tal princípio, ainda que editado com aparência de legalidade como designações, avocação, delegação e formação de grupos especiais, é absolutamente nulo; incapaz de produzir qualquer tipo de efeito e sujeito a medidas legais que visem ao restabelecimento da observância do princípio do promotor natural, como examinaremos adiante.’ (f. 53)

16. A possibilidade da ação privada nos crimes de ação pública, no caso de inércia do acusador, não descaracteriza o princípio do Promotor Natural, seja porque se trata de exceção prevista em lei, seja porque o Promotor do caso não é afastado de suas funções, podendo inclusive aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, e intervir em todos os termos do processo, na forma do que dispõe o art. 29 do Código de Processo Penal.

17. O mesmo é de ser dito em relação ao art. 28 do Código de Processo Penal, vez que se trata de outra exceção prevista em lei, onde o Procurador-Geral ou o Promotor por ele designado passa a ser o acusador legal, sendo certo ainda que não há, na

hipótese, o afastamento do Promotor Titular e que tal decorre justamente da necessidade de conciliar o princípio da independência funcional com o resguardo dos interesses da sociedade.

18. Em conclusão, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio do Promotor Natural, ao estabelecer a independência funcional do Ministério Público como um dos atributos da instituição, o que significa dizer que a substituição do Promotor legalmente designado para ter ofício em determinada Vara só pode ocorrer em decorrência de expressa autorização legal (férias, licença, remoção, etc.), arredada a possibilidade do afastamento *ex-officio* ou injustificado, como ocorreu no caso em exame.

19. Pelo exposto, somos pelo conhecimento e concessão da ordem, anulando-se o procedimento penal, por violação do princípio do Promotor Natural, facultada a possibilidade de apresentação de nova denúncia através de Promotor com atribuição legal para tanto.

59

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR) - Com a nova Constituição brasileira, promulgada em 1988, fortaleceu-se, por soberana deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, a instituição do Ministério Público, por ela própria qualificada como **permanente** e **essencial** à função jurisdicional do Estado (art. 127).

Ao elaborar para o Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da República, Dr. SAULO RAMOS, a Exposição de Motivos que fundamentou o encaminhamento ao Congresso Nacional, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, do Projeto de lei que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a sua organização nos Estados-membros, expendi algumas ponderações - **das quais guardo firme convicção** -, motivadas pela magnitude do tema e estipuladas pela inquestionável relevância que assumem, aqui e agora, as implicações decorrentes da institucionalização do Ministério Público.

Pude, então, afirmar que foram plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática.

Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional, atendendo-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade.

Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição - o **Promotor de Justiça** -, cuja atuação independente configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, destacada posição na estrutura do Poder. A independência institucional, que constitui uma de suas mais expressivas prerrogativas, garante-lhe o livre desempenho, em toda a sua plenitude, das atribuições que lhe foram conferidas.

O eminente HELY LOPES MEIRELLES (v. "Estudos e Pareceres de Direito Público", vol. VII/332, 335 e 336, 1983, RT), discorrendo sobre aspectos institucionais referentes ao Ministério Público, acentua a importância de ser ele concebido como órgão funcionalmente independente, *verbis*:

"Fixada a posição do Ministério Público na estrutura constitucional da nossa Federação, sobressai, desde logo, a sua **independência funcional**, pois que não está hierarquizado a qualquer outro órgão ou Poder, e seus membros são agentes políticos desvinculados do Estatuto dos Funcionários Públicos.

.....

Ora, no que concerne ao desempenho da função ministerial, pelo órgão (MP) e seus agentes (Promotores, Procuradores), há independência de atuação e não apenas 'autonomia funcional.' Os membros do Ministério Público quando desempenham as suas atribuições institucionais não estão sujeitos a qualquer subordinação hierárquica ou supervisão orgânica do Estado a que pertencem.

.....

No mais, os membros do Ministério Público atuam com absoluta liberdade funcional, só submissos à sua consciência e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas leis regedoras da Instituição. Nessa liberdade de atuação no seu ofício, é que se expressa a **independência funcional** (...)."

Cumprido, por isso mesmo, neste expressivo momento histórico em que o Ministério Público se situa entre o seu passado e o seu futuro, refletir sobre a natureza da missão institucional que a ele incumbe desempenhar no seio de uma sociedade que, agora, emerge para a experiência concreta de uma vida democrática.

A ruptura do Ministério Público com os conceitos tradicionais do passado - segundo os quais seria o fiscal da lei, de **qualquer** lei, por mais injusta ou arbitrária que fosse - impõe-se, hoje, como decorrência de novas exigências ético-políticas a

que essa Instituição deve, por um imperativo democrático, submeter-se e, também, em face da reformulação a que foi submetida no plano constitucional.

A nova Constituição do Brasil proclama, em seu artigo 127, *caput*, que

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático** e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Esse novo perfil institucional traduz, de modo expressivo, um dos aspectos mais importantes da **destinação constitucional** do Ministério Público, agora investido, por efeito de soberana deliberação da Assembléia Nacional Constituinte, da **inderrogável** atribuição de velar pela intangibilidade e integridade da **ordem democrática**.

Assim, o Ministério Público não deverá mais só considerar, no desempenho de suas relevantes funções, o aspecto formal ou exterior do direito positivo. **Mais importante**, agora, torna-se o próprio conteúdo da lei, cujos elementos intrínsecos não podem divorciar-se dos fatos sociais e do quadro histórico em que a norma jurídica se formou.

O Estado democrático, gerador de uma ordem jurídica fundada no consentimento dos governados - que se exterioriza pela livre e permanente penetração da sua vontade no processo decisório nacional - deve ser entendido como aquele cujas bases repousam na soberania popular, na divisão funcional do Poder, no respeito e na garantia das liberdades públicas, e no pluralismo de expressão e de organização política.

A legalidade assim posta, veiculadora das justas aspirações e dos objetivos maiores perseguidos pelo corpo social, qualifica-se como democrática, passível, em consequência, da tutela institucional do Ministério Público.

Este, pois, deixa de ser um servo incondicional de qualquer legalidade, para converter-se num órgão que indague das origens da norma e lhe perquiria o conteúdo, valendo-se, para tanto, de critérios axiológicos que lhe permitam aferir dos elementos que qualificam a regra jurídica como essencialmente democrática. Não mais o mero e insuficiente controle formal de legalidade. Pretende-se, agora, investir o Ministério Público de um poder de verificação e de tutela sobre a legitimidade ética e política da própria norma de direito.

A obra do legislador, no que pertine ao seu conteúdo, está necessariamente condicionada pelas relações sociais, pelas normas de cultura, pelas concepções que vigoram na formação social em que atua e, - o que se revela essencial - deve estar legitimada pelo consenso dos governados.

Sem a observância desses condicionamentos, o direito posto pelo Estado refletirá, por suas intrínsecas distorções, um ato de criação arbitrária, distanciado do bem comum, cuja consecução traduz o próprio fundamento teleológico da organização estatal.

A nova disciplina constitucional do Ministério Público redefiniu o sentido e o caráter de sua ação institucional, para que nele se passe, agora, a vislumbrar o instrumento de preservação de um ordenamento democrático.

A essencialidade dessa posição político-jurídica do Ministério Público assume tamanho relevo que ele, deixando de ser o fiscal de **qualquer** lei, converte-se no guardião da ordem jurídica cujos fundamentos repousam na vontade soberana do Povo.

O Ministério Público deixa, pois, de fiscalizar a lei pela lei, num inútil exercício de mero legalismo. Requer-se dele, agora, que avalie, criticamente, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, para, assim, neutralizar o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, idéias e concepções vigentes na comunidade, em dado momento histórico-cultural.

Não mais se pode, assim, exigir do Ministério Público um comportamento institucional que traduza, em face da ordem jurídica estabelecida, uma postura de neutralidade axiológica.

O tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere-lhe, no plano da organização estatal, uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe conferiram funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avulta a de *“zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”* (v. CF/88, artigo 129, inciso II).

O Ministério Público, em face dessa regra, tornou-se, por destinação constitucional, o defensor do Povo.

Numa relação dilemática, em que conflitem os interesses do governo e os do povo, não há, para o Ministério Público, alternativa politicamente válida e moralmente digna, senão a da intransigente defesa dos valores pertencentes à Nação, mesmo que sob o injusto assédio dos curadores - de quaisquer curadores - do regime.

A tutela de um direito abstrato, que permita a destruição das liberdades públicas e autorize o arbítrio, pela hipertrofia da coerção estatal, subjugando e aniquilando o indivíduo, não pode constituir missão institucional do Ministério Público.

O novo perfil do Ministério Público representa, portanto, resposta significativa aos anseios e postulações dos que, perseguidos pelo arbítrio e oprimidos pela onipotência do Estado, a ele recorrem, na justa expectativa de verem restaurados os seus direitos. A responsabilidade social do Ministério Público torna-se, por isso mesmo, imensa; todos os membros da Instituição são, agora, depositários da fé e da confiança do Povo que, com eles, celebrou o compromisso, grave e inderrogável, da liberdade e do respeito aos seus direitos e às suas garantias.

Combatendo o arbítrio, insurgindo-se contra os que violam, com prepotência, as franquias individuais, transformando o protesto de vítimas indefesas em ação realizadora da Justiça, repudiando as leis injustas, porque desvinculadas dos anseios e do consentimento dos governados, em assim agindo, o Ministério Público terá dado o testemunho que a Nação dele espera.

O princípio do **Promotor Natural**, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objetivo último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o

exercício pleno e independente de 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.

Intuiu a existência desse postulado, em nosso sistema de direito positivo, o eminente Ministro ANTONIO NEDER, cujas observações sobre o tema registrou em voto proferido nesta Corte (RTJ 63/315):

“O Sr. Ministro Antonio Neder: Entendo que não pode, porque, entre nós, domina o princípio da legalidade da ação penal, ou, mais precisamente, o da legalidade comum, ou ordinária, da ação penal, tanto que o art. 153, § 15, da Constituição, texto da Emenda nº 1, expressa que não haverá tribunais de exceção; ora, se é proibido o tribunal de exceção, vedado é o juiz de exceção; **se é defeso instituir juízo de exceção, impedido é conceber-se o acusador de exceção, pois não se compreende que nossa Constituição proíba o juiz de exceção e admita o acusador de exceção, isto é, conceda e, ao mesmo tempo, subtraia uma garantia.**” (grifei)

O eminente Professor PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, membro ilustre do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ao versar o tema ora proposto pelo impetrante (*Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito*, p. 52/54, 3ª ed., 1990, Forense), analisou, no plano doutrinário e conceitual, a noção de **Promotor Natural**, acentuando, *verbis*:

“A teoria do promotor natural ou legal, como anteriormente afirmado, decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do Parquet atuando livremente com atribuição predeterminada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato), legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.

Este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do Parquet e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.

Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qual a garantia que se poderia dar a alguém, à própria sociedade, de que a lei seria cumprida, na hipótese de ficar ao arbítrio de determinada autoridade a escolha do membro do Ministério Público para examinar da conveniência ou não de promover ação penal em face de alta autoridade pública; para promover ou não ação cível contra poderosa fábrica que polui o ar de determinada região pobre; para promover ação visando apurar abuso e omissões de autoridades; para coibir abuso de autoridade ou poder econômico; para intervir, em geral, nos processos nos quais está em jogo direito social ou individual indisponível? Certamente nenhuma.

O princípio do promotor natural pressupõe que cada órgão da instituição tenha, de um lado, as suas atribuições fixadas em lei e, de outro, que o agente, que ocupa legalmente o cargo correspondente ao seu órgão de atuação, seja aquele que irá officiar no processo correspondente, salvo as exceções previstas em lei, vedado, em qualquer hipótese, o exercício das funções por pessoas estranhas aos quadros do Parquet.

Todo e qualquer ato do Procurador-Geral que contrarie tal princípio, ainda que editado com aparência de legalidade como designações, avocação, delegação e formação de grupos especiais, é absolutamente nulo, incapaz de produzir qualquer tipo de efeito e sujeito a medidas legais que visem ao restabelecimento da observância do princípio do promotor natural como examinaremos adiante.

Por outro lado, não há como se admitir a possibilidade da designação de pessoas estranhas aos quadros do Ministério Público (promotor ad hoc) para o exercício de suas funções próprias, pois a garantia primeira da teoria do promotor natural pressupõe prévia investidura do agente no cargo e, portanto, no seu órgão de atuação, na forma prevista na Constituição."

A exigência de atuação **independente** do membro do Ministério Público, pautada nos **justos** valores que devem informar a elaboração do conteúdo normativo da lei, reside na gênese da formulação do princípio do Promotor Natural, a que repugnam interferências ilegítimas da Chefia da Instituição, que rompem, **mediante designações casuísticas e arbitrárias**, a regular ordem de distribuição dos processos e encargos funcionais.

É preciso velar pela dignidade institucional do Ministério Público e impedir que Procuradores-Gerais, despojados da consciência que lhes impõe o momento histórico

que vive a Instituição, venham, por razões menores ou pela desprezível vontade de agir servilmente, a degradá-la, convertendo-a, desse modo, em inaceitável instrumento de pretensões contestáveis.

Dessa expressiva garantia jurídica, em que se traduz o princípio do Promotor Natural, teve percepção, em sua época, com seu agudo senso de justiça e de independência, o eminente ROBERTO LYRA (*Como Julgar, como Defender, Como Acusar*, p. 121, 1975, Konfino), cuja advertência, extraída da descaracterização do Ministério Público no plano da organização estatal, cumpre não ser esquecida em momento algum:

“Pela primeira vez, na história do Ministério Público, Procuradores-Gerais seriam substituídos e, sobretudo, escolhidos à mercê de réus. O escândalo dessa dissolução moral seria, além de tudo, contraproducente, pois a Magistratura ficaria suscetibilizada no mais santo de suas cóleras. Exercendo a Procuradoria-Geral, na última fase de minha carreira, impedi que o Ministério da Guerra escolhesse o promotor público (sempre o mesmo) em processos relativos à liberdade de imprensa.”

Esse notável membro do Ministério Público paulista que é JAQUES DE CAMARGO PENTEADO, ao desenvolver a noção conceitual de Promotor Natural e insistir no alcance desse princípio (“O Princípio do Promotor Natural”, in *Justitia*, vol. 129/114-124) - “... os membros do *Parquet* terão cargos específicos, proibidas as simples e discricionárias designações, afastando-se Promotor de Justiça *ad hoc*...” -, assim se refere, na perspectiva do tema, ao órgão da Acusação Pública:

“... Estruturar-se-á em lei consentânea com o princípio outorgado. Está claro que o mesmo texto que assegura ampla defesa contém o princípio da acusação constitucionalmente adequada; isto é, por órgão próprio, criado pela Constituição, estável, independente, designado para o cargo e não para o encargo determinado, para as funções e não para o ato específico.

Quando a Constituição Federal assegura ampla defesa e cria o Ministério Público, há que se extrair do sistema integral a conclusão de que o *Parquet* deve ser o primeiro interessado na realização concreta e antecipada daquele princípio e, portanto, direta e substancialmente voltado para acusação advinda da naturalidade de seu organismo e da normalidade decorrente da distribuição legal dos serviços.

Governo algum pode interferir no Ministério Público para obter acusação contra inimigo político, sob pena de violação dos princípios da igualdade e da ampla defesa. Não basta o controle jurisdicional posterior, eis que a todo indivíduo deve ser assegurado o direito de jamais ver seu nome inserido numa denúncia sem supedâneo suficiente. E o contrário deve igualmente ser analisado. Governo algum pode interferir no

Parquet para obter denúncia que jamais chegará a bom termo ou arquivamento que deixará de levar à condenação justamente aquele que feriu a ordem jurídica.”

O princípio do Promotor Natural, já contemplado em suas linhas essenciais pela legislação paulista concernente ao Ministério Público (Lei Complementar estadual nº 304, de 1982, artigo 123), pode ser assim enunciado: nenhum membro do Ministério Público poderá ser afastado do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que officie, ou deva officiar, exceto por relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou por razões decorrentes de férias, licenças ou afastamento.

O reconhecimento desse princípio, que se revela imanente à disciplina constitucional do Ministério Público, objetiva conferir efetividade a dois postulados fundamentais: **um**, o da independência funcional, e **outro**, o da inamovibilidade dos membros da Instituição.

Tais postulados vinculam e limitam, por seu conteúdo 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.

O princípio da independência funcional reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais **não mantém** vínculo qualquer de subordinação hierárquico-administrativa.

O magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*A Reforma do Poder Judiciário*, vol. I/175, 1979, Saraiva) sobre esse tema é esclarecedor:

“O Ministério Público é funcionalmente independente, porquanto, apesar de órgão da administração pública, não é ele instrumento à mercê do governo e do Poder Executivo. (...).

Independente é, também, o Ministério Público, da magistratura judiciária, que, sobre ele, nenhum poder disciplinar exerce. Entre o juiz e o promotor de justiça, existem relações de ordem processual tão-somente. Não cabe ao magistrado judicial dar ordens ao Ministério Público, no plano disciplinar e da jurisdição censória (...).”

Essa independência funcional do Ministério Público foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, quando, ao julgar procedente representação de inconstitucionalidade que se lhe submetera, proclamou a ausência absoluta de subordinação administrativa do Ministério Público ao Poder Judiciário (RTJ 95/980, rel. Ministro MOREIRA ALVES).

O princípio da inamovibilidade, por sua vez, revela-se fonte matricial da tese que acolhe o princípio do Promotor Natural. Atua como garantia de ordem, subjetiva, tendo por destinatário precípua o próprio membro da Instituição, que não poderá, ressalvada a hipótese de interesse público, ser compulsoriamente removido ou afastado do seu cargo. É amplo o alcance desse princípio, pois não só garante o Promotor ou Procurador no cargo de que é titular, mas assegura-lhe, também, a **integridade** das

funções inerentes ao ofício que titulariza e desempenha, que não poderão ser atribuídas, seletivamente, a **outros** membros da Instituição, em razão de situações concretas e especiais.

A inamovibilidade, pois, enquanto garantia subjetiva de independência, concerne não só ao cargo, mas, especialmente, às respectivas funções, que não poderão **dele** ser destacadas pelo Procurador-Geral e, por ato deste, deferidas a outro Promotor/Procurador. Atribuir legitimidade a esse procedimento do Chefe do Ministério Público equivaleria a justificar o descumprimento indireto da garantia da inamovibilidade e, como necessário efeito consequencial, dar causa, **injustificável**, ao virtual esvaziamento das funções inerentes ao cargo ocupado por membro do Ministério Público.

Não podem ser considerados, assim, **ilimitados** os poderes de avocação e de designação do Procurador-Geral, inobstante esta Corte, por sua Colenda 2ª Turma, rel. Ministro MOREIRA ALVES, haja acentuado, em função do princípio da unidade institucional, que

“O Ministério Público é uno e pode, portanto, seu Chefe avocar qualquer processo ou designar promotor para que nele ofereça denúncia.”

(RT 553/428).

Nessa perspectiva, tais poderes, embora derivados dos princípios da unidade e da indivisibilidade da Instituição, sofrem, **hoje**, o condicionamento de **outro** princípio também constitucional - o da independência funcional - e encontram limite na garantia da inamovibilidade que, alçada ao plano da Constituição, assiste, **agora**, de modo amplo, aos membros do Ministério Público.

O exercício desses poderes pelo Procurador-Geral só se justificará, pois, nos limites estritos da lei e com respeito absoluto às atribuições funcionais do membro do Ministério Público, as quais constituem objeto de precisa discriminação legal.

Assim sendo, cumpre analisar, tendo presente esse contexto, a situação exposta pelo ilustre impetrante.

As ora pacientes foram presas em flagrante e, inobstante beneficiadas pela concessão de liberdade provisória mediante fiança, vieram a ser denunciadas pelo Ministério Público como incurso no artigo 12 da Lei nº 6.368/76.

Na peça acusatória (fls. 51/53), consubstanciou-se esta imputação, *verbis*:

“.....

Consta dos referidos autos que, no dia 04/03/89, por volta das 07:30hs, na Rua Joaquim Murтинho, nº 136, aptº 201, em Santa Tereza, nesta Cidade, as duas denunciadas foram presas em flagrante delito, porque a primeira tinha, guardados para tráfico, 1,71g (um grama e setenta e um centigramas) de CLORIDRATO DE COCAÍNA e 1,00g (um grama) da erva denominada *can-nabis sativa* vulgarmente conhecida por “maconha”, sem autorização legal ou regulamentar. E, a segunda denunciada, porque consentiu que a primeira denunciada se utilizasse do

imóvel, do qual é possuidora, para o fim de uso indevido e tráfico ilícito de entorpecentes e porque contribuiu para incentivar e difundir o uso e tráfico de entorpecentes.

Na verdade, diligências policiais foram levadas a efeito para desbaratar uma quadrilha de traficantes, que fazia a distribuição de tóxico utilizando-se do BIP nº 3.420.

Neste comércio ilícito, o viciado ligava para o BIP e deixava o número do telefone em que estava. Recebido o recado, o traficante entrava em contato com o viciado, que lhe fazia a encomenda do entorpecente e indicava o local em que o mesmo deveria ser entregue.

Ato contínuo, era um dos integrantes da quadrilha designado para fazer a entrega do entorpecente.

As diligências levadas a efeito indicaram que as denunciadas faziam parte da quadrilha de traficantes, associadas a outras pessoas.

Então, foi requerida a expedição de mandado de busca e apreensão ao Juízo de Direito da 5ª Vara Criminal, que fez expedir os respectivos mandados.

Em cumprimento a um dos mandados, policiais civis se dirigiram à residência das denunciadas, sendo certo que a segunda denunciada era quem detinha a posse do imóvel, permitindo que a primeira denunciada nele residisse.

Ao chegarem na residência das denunciadas e exibirem o respectivo mandado, os policiais civis tiveram a casa franqueada, tendo iniciado a busca, quando encontraram, na sala, um quadro retratando, na pintura, a folha de maconha e de propriedade da segunda denunciada, CARLA.

Ato contínuo, os policiais se dirigiram ao quarto da primeira denunciada ELAINE, onde encontraram substância entorpecente semelhante a cloridrato de cocaína e à “maconha”, além de terem encontrado duas balanças de precisão e farto material destinado ao comércio de entorpecente.

Em razão destes fatos, os policiais levaram o material e as denunciadas à Delegacia de Entorpecentes, onde, após o exame prévio constatar tratar-se de entorpecente o material apreendido, foi dada voz de prisão em flagrante às denunciadas, tendo a primeira confessado a posse para uso próprio, enquanto a segunda confessava ser de seu conhecimento o envolvimento da outra com tóxico.

Assim, a primeira denunciada infringiu a norma do art. 12, da Lei 6.368/76, enquanto a segunda denunciada infringiu a norma do art. 12, § 2º, II e III, do mesmo diploma repressivo, devendo,

em razão disto, ser condenadas à pena de reclusão cumulativamente com pena de multa.

”

O impetrante questiona a designação de um Promotor especial para atuar no procedimento penal persecutório que resultou do ato de prisão em flagrante das ora pacientes, o qual, em divergência com a manifestação anterior do seu colega, titular da 5ª Promotoria - que não vislumbrara na conduta incriminada nada além do que a simples posse prevista no art. 16 da Lei Antitóxicos (fls. 69) -, veio a denunciá-las como incursas em infração mais grave, tipificada no art. 12 do referido diploma legislativo.

Essa designação, reputada ofensiva ao princípio do Promotor Natural, ocorreu, precisamente, um dia após externada nos autos aquela opinião favorável.

Com efeito, o Procurador-Geral de Justiça, em portaria assinada no dia 10/03/89 (fls. 74), designou um outro Promotor, genericamente, para todos os casos resultantes da denominada “Operação Bandeira” - e não só para aquele concernente às ora pacientes.

Inobstante reconheça imanente ao novo regramento constitucional pertinente ao Ministério Público o princípio do Promotor Natural, não vislumbro, na situação concreta emergente destes autos, hipótese que enseje a sua atuação, pois o sentido desse postulado exige, para que se lhe dê aplicabilidade, a edição de ato legislativo.

A imprescindibilidade dessa integração normativa - essencial ao reconhecimento dos contornos desse princípio e à definição das conseqüências decorrentes de sua eventual inobservância - de um lado, e a necessidade de conferir positividade jurídica ao postulado do Promotor Natural, de outro, levaram o Exmº Sr. Presidente da República a encaminhar, também para esse efeito, projeto de lei ao Congresso Nacional, em cujo âmbito fixaram-se regras inerentes a esse postulado, com o claro objetivo de precisar-lhe o conteúdo, o alcance e a extensão.

Nessa proposição legislativa - que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e estabelece normas gerais para a sua organização nos Estados-membros -, prevista no art. 61, § 1º, II, d, da Constituição, delineou-se, por via de suas conseqüências no plano jurídico, o perfil do princípio do Promotor Natural, como se dessume dos artigos 10, IX, e e g; 23 e 33, V, do Projeto mencionado.

Sendo assim, e enquanto não sobrevier a disciplina legislativa pertinente, não há como aplicar - ou mesmo invocar - o princípio do Promotor Natural, que, inobstante a sua formulação no plano doutrinário, ainda constitui tema de *lege ferenda*.

Esse aspecto, inclusive, foi bem ressaltado no douto voto proferido pelo eminente Ministro ASSIS TOLEDO, do Superior Tribunal de Justiça, quando, ao abordar o tema do Promotor Natural - que reputou digno de amplo debate acadêmico -, concluiu pela necessidade de sua institucionalização mediante regular processo legislativo, o que, a seu juízo, submete a matéria, na perspectiva em que analisada, a uma disciplina normativa a ser ainda estabelecida pelo Congresso Nacional (fls. 154/155), *verbis*:

“Pelo princípio da recepção (...) vige, naquilo em que não contrariar a Carta Constitucional, a legislação anterior. E, com efeito, existe a Lei Orgânica do Ministério Público - a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. E o que diz essa Lei Complementar? Diz o seguinte no art. 7º, V: ao Procurador-Geral da Justiça incumbe, além de outras atribuições, designar, na forma da lei, membros do Ministério Público do Estado para o desempenho de funções administrativas ou processuais afetas à Instituição. Portanto, até que seja substituída essa Lei Complementar, o Procurador-Geral da Justiça pode, mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe a orientação que for cabível no caso concreto.

.....
Portanto, cabe ao Chefe do Ministério Público, no sistema processual vigente, substituir o Promotor que não exercita o poder-dever de oferecer denúncia, se dele discordar, na hipótese em exame.

O que se poderia aqui discutir é se é bom que assim seja: se não, seria a hora de se estabelecer, em nova Lei Orgânica do Ministério Público, alguns princípios restritivos a essa faculdade que, presentemente, possui o Procurador-Geral.

Essa, entretanto, é uma questão *de lege ferenda*.

.....”

Devo registrar, ainda, que a alegada divergência entre os órgãos do Ministério Público referidos, no que concerne à exata classificação jurídica do comportamento imputado às ora pacientes - tráfico de entorpecentes, segundo a denúncia oferecida pelo Promotor especial, ou, “no máximo”, consoante acentuou o Promotor titular, mera posse, para consumo próprio, de substâncias tóxicas - é que se mostra subjacente ao inconformismo manifestado na presente impetração.

Não desconheço decisão desta Corte (RTJ 99/1111), de que foi relator o eminente Ministro FIRMINO PAZ, no sentido do possível controle jurisdicional, mediante *habeas-corpus*, de eventual excesso ou abuso no exercício do poder de denunciar:

“Se a classificação do crime, contida na denúncia, mostra-se patentemente errônea e exasperante, serve o *habeas-corpus* para remediar a ilegalidade.”

O precedente em questão não aproveita ao caso concreto, contudo.

As pacientes, já favorecidas pela concessão de liberdade provisória mediante fiança, estão sujeitas, no momento, a processo penal cuja fase sequer ultrapassou os limites da instrução, necessariamente contraditória, da causa, podendo, quando do ato sentencial, se este eventualmente for de natureza condenatória, ser beneficiadas por desclassificação jurídica *in melius*, mais favorável.

Além dessa possibilidade, sempre presente nos termos do que dispõe o art. 383 do CPP, é preciso ressaltar que a maior severidade do Ministério Público na capitulação jurídica do fato não se mostra incompatível com as circunstâncias que motivaram a operação policial e resultaram na prisão em flagrante das ora pacientes. Note-se - **porque é relevante** - que a peça acusatória, ao descrever o suposto envolvimento das pacientes no processo de tráfico e comercialização de substâncias entorpecentes, reporta-se à apreensão, em poder de uma das pacientes, de "... duas balanças de precisão e farto material destinado ao comércio de entorpecentes"(fls. 53), o que é efetivamente corroborado pelo auto de apreensão lavrado pela autoridade policial, o qual também registra a existência de grampeador, tesoura, rolo de fita durex e pequenos sacos plásticos, num total de trezentos e setenta e cinco (fls. 96).

Assim sendo, e tendo presentes os elementos que destes autos constam, **indefiro** o pedido.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: - Desde a primeira chamada deste caso, na Turma, ficou-me a impressão, *data venia*, de que a conclusão do magnífico voto do Ministro Celso de Mello, relator, ficara aquém das suas premissas.

2. Literalmente, S. Exa. entendeu "imaneante à disciplina constitucional do Ministério Público" o chamado "princípio do Promotor Natural" como garantia da ordem jurídica cujos destinatários são, de um lado, o próprio membro da Instituição - a quem se assegura, no desempenho de seu ofício, o exercício pleno da independência funcional - e, de outro, a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, nos procedimentos judiciais ou administrativos vários, o Promotor ou Procurador investido, em tese e em função de critérios legais predeterminados, das atribuições inerentes ao seu cargo".

3. Em razão do princípio, enuncia o Relator, "nenhum membro do Ministério Público poderá ser afastado do desempenho de suas atribuições nos procedimentos em que oficia, ou deva officiar, exceto por relevante motivo de interesse público, por impedimento ou suspeição ou por razões decorrentes de férias, licenças ou afastamentos".

4. Daí, a citação, sem reparos, da assertiva fundamental da tese do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro de que, *"todo e qualquer ato do Procurador-Geral que contrarie tal princípio, ainda que editado com aparência de legalidade como designação, avocação, delegação e formação de grupos especiais, é absolutamente nulo, incapaz de produzir qualquer efeito..."*.

5. *"A exigência de atuação independente do membro do Ministério Público"* - acentua em outro passo o Ministro Celso de Mello - *"reside na gênese da formação do princípio do Promotor Natural, a que repugnam interferências ilegítimas da Chefia da Instituição, que rompem, mediante designações casuísticas e arbitrárias, a regular ordem de distribuição dos processos e encargos funcionais"*.

6. Não obstante, ao final, embora repise a premissa de ser “*imane*nte ao novo regramento pertinente ao Ministério Público o princípio do Promotor Natural”, concluiu S. Exa. que “o sentido desse postulado exige, para que se lhe dê aplicabilidade, a edição de ato legislativo”. Acolhe, por isso, o entendimento do voto do em. Ministro Assis Toledo, no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, até que venha a ser substituída por outra, a LC 40/81, art. 7º, V, assegura ao Procurador-Geral de Justiça o poder de, “*mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe a orientação que for cabível no caso concreto*”.

7. De minha parte, talvez não possa acompanhar os corolários mais radicais do postulado do “*promotor natural*”.

8. Creio ser indispensável precatar-se o intérprete de certo mimetismo, que compromete freqüentemente as reflexões sobre a organização do Ministério Público e se traduz na tendência de transplante cego de regras e princípios da magistratura judicial.

9. O “*promotor natural*”, sustenta-se, é decorrência iniludível de dois tópicos da normativa constitucional da instituição: de um lado, o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1º), de outro, a garantia de inamovibilidade dos seus membros (CF, art. 128, § 5º, I, b); além disso, teria ele implicações com o princípio do juiz natural e com a garantia do devido processo legal.

10. É preciso, contudo, não perder de vista que, no tocante ao Ministério Público e segundo o próprio texto constitucional, todos esses princípios hão de conviver com dois outros, o da unidade e o da indivisibilidade, os quais - malgrado respeitáveis colocações em contrário (v.g. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *op. cit.*, p. 46) - emprestam à organização interna da instituição, colorido específico e prismas inconfundíveis com a da magistratura judicial.

11. Os princípios da unidade e da indivisibilidade, enquanto predicados históricos do Ministério Público, têm significação própria e trazem consigo a idéia de uma organização hierarquizada e, com ela, a de certos poderes de direção de uma instituição una, entre os quais os de devolução - definido como “*o poder do superior hierárquico de chamar a si o exercício concreto da função do subordinado*” (J. Figueiredo Dias, *Direito Proc. Penal*, 1974, I/381) - e o de substituição - isto é, o de “*designar outro subordinado para o exercício concreto da função do agente normalmente competente*” (*id, ibidem*).

13. Não obstante já não haja o inequívoco consenso de outrora sobre as dimensões de tais poderes de direção interna do Ministério Público, a sua implicação nos princípios de unidade e indivisibilidade ainda é uma afirmação constante (v.g. J. Frederico Marques, *Elementos de Dir. Proc. Penal*, 1961, II/47; Manzini, *Trat. Der. Pr. Penal*, trad., 1949, II/376; J. Figueiredo Dias, *op. cit.*, I/368 ss.; Siracusa, *Pubblico Ministero no Novissimo Digesto Italiano*, XIV/540, 543 ss.): ela parte da convicção, ainda dominante, sintetizada por Ângelo de Mattia, ao proceder ao balanço do *Convegno de Mantova*, de 1973 (*La Riforma del Pubblico Ministero, Milano, 1974*, p. 27), de que “*esiste un esigenza organizzativa imprescindibile per gli uffici del pubblico ministero, diretti all’azione e non alla pura decisione, i quali, per adempiere*

utilmente ai fini loro assegnati dalla Costituzione e dalla legge devono potere svolgere azioni esterne coerenti e unitarie; il che pressuppone e impone una certa unità interna di organizzazione”.

14. Se a Constituição explicitamente adotou a unidade e a indivisibilidade, ao lado da independência funcional, como princípios institucionais do Ministério Público, não se me afigura de bom aviso, para enfatizar o da última, que se venha a despir as primeiras de todo o seu significado essencial na teoria e na história da instituição.

15. Certo, como redargüi o em. Relator, tais poderes de avocação e designação, *“embora derivados da unidade e da indivisibilidade da Instituição, sofrem, hoje, o condicionamento de outro princípio também constitucional - o da independência funcional - e encontram limite na garantia da inamovibilidade que, alçada ao plano da Constituição, assiste, agora, de modo amplo, aos membros do Ministério Público”.*

16. A questão da convivência da unidade e da indivisibilidade, de um lado, com a independência funcional, de outro, não é nova, nem parece oferecer dificuldades de maior vulto, no estágio contemporâneo das reflexões doutrinárias e das soluções legislativas sobre a organização do Ministério Público.

17. Independência funcional, na temática do Ministério Público, não é expressão de sentido inequívoco.

18. De fato. Numerosos autores a referem, não à liberdade de atuação dos seus membros, em face da sua organização interna, mas à independência da instituição, no tocante às suas atividades-fim, em relação aos vínculos de subordinação aos poderes políticos, particularmente do Governo, como também em relação aos órgãos jurisdicionais.

19. Nesse sentido, à luz da Constituição italiana, é a observação de De Mattia (*op. loc. cit.*, p. 26), para quem *“la garanzia costituzionale riguarda l’indipendenza degli uffici dagli altri poteri, non l’organizzazione funzionale interna”.* Na mesma linha, entre outros, Frederico Marques ao notar que *“assegurada a independência institucional do Ministério Público, nem por isso perderá a sua fisionomia atual de instituição hierarquizada, mas que se dirigirá por si própria”.*

20. Não obstante, é certo que também já se tem relacionado a independência funcional ao membro do Ministério Público, individualmente considerado, com o sentido de não estar ele sujeito, na sua atividade funcional, particularmente e na sua atuação processual, a ordens concretas do Procurador-Geral ou de outro órgão de direção.

21. Com esse sentido, de liberdade de consciência ou de convicção jurídica do membro do Ministério Público, porém, o que predominantemente se tem entendido, aqui e alhures, no propósito de compatibilizá-la com a unidade hierarquizada da instituição, é que a independência funcional não ilide os poderes diretivos de avocação e de substituição.

22. Assim, sustenta Figueiredo Dias (*op. cit.*, I/381) que *“o conflito não é necessário e que, bem diferentemente, uma composição de interesses é aqui, em larga medida, possível”.* Para o notável jurista luso, *“a solução que vê na convicção jurídica do subordinado um limite ao poder de direção do superior hierárquico (...) não tem*

que importar um risco considerável para a consecução das superiores finalidades político-criminais que à magistratura do Ministério Público cumpre realizar; pois sempre será possível fazer vingar a orientação do superior hierárquico, através do uso do poder de devolução e de substituição que lhe cabe”.

23. Aplauda Figueiredo Dias, a propósito, a conclusão do IV Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em Brasília, em 1972, segundo a qual, devendo a organização do Ministério Público fundar-se nos princípios de unidade e indivisibilidade, é de ressaltar, no entanto, *“a faculdade de cada um dos seus agentes proceder segundo seu critério, em razão de que se deve prever um adequado procedimento de substituição”* (Arquivo Min. Justiça, v. 123/237).

24. O que mais me impressiona, por isso, na construção da tese do *“promotor natural”*, é a invocação da garantia da inamovibilidade dos membros do Ministério Público, *“salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa”* (CF, art. 128, § 1º, I, b).

25. Em pólo diametralmente oposto, dispunha o antigo Estatuto Judiciário português que *“o Ministério Público constitui uma magistratura amovível”*. É significativo notar que Figueiredo Dias (*op. cit.*, I/30) tem precisamente *“o direito de substituição”* dos membros do Ministério Público como consectário do *“caráter amovível desta magistratura”*.

26. Assegurando, ao contrário, a Constituição brasileira, a inamovibilidade, segue-se, no ponto, a minha concordância, em princípio, com o exato raciocínio do Ministro Celso de Mello, no sentido de que *“a inamovibilidade (...), enquanto garantia subjetiva da independência, concerne não só ao cargo, mas, especialmente, às respectivas funções, que não poderão dele ser destacadas pelo Procurador-Geral e, por ato deste, deferidas a outro Promotor/Procurador”*. O que, segundo S. Exa., *“equivalaria a justificar o descumprimento indireto da garantia de inamovibilidade e, como necessário efeito consequencial, dar causa, injustificável, ao virtual esvaziamento das funções inerentes ao cargo ocupado por membro do Ministério Público”*.

27. Certo, o art. 29, ADCT permitiu que o membro do Ministério Público pudesse *“optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens (...), observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta”* (Constituição). Em outras palavras: admitiu-se a renúncia às garantias mais amplas, entre elas, a de inamovibilidade, em troca da permanência do regime anterior de vedações mais limitadas. Daí não se segue, contudo, que as garantias dos agentes do Ministério Público se devam desqualificar ao nível de meras vantagens funcionais: cuida-se de um preceito transitório, que cria exceção temporária ao sistema permanente, para atender a interesses conjunturais de ordem corporativa, sem negar, com isso, a natureza e a finalidade das garantias, erigidas em favor do que se reputa mais adequado ao melhor desempenho das funções institucionais do órgão.

28. Por outro lado, é certo que a inamovibilidade dos membros do Ministério Público, embora consagrada em termos substancialmente equiparáveis, não se identifica à dos juízes, precisamente porque - ao contrário do que sucede em relação

à magistratura -, no Ministério Público a garantia há de conciliar-se com os princípios da unidade e da indivisibilidade, impostos no mesmo contexto da Lei Fundamental.

29. A meu ver, não se cuidará, assim, de repelir os institutos deles decorrentes, da avocação e da substituição, mas, sim, de cercar o exercício desses poderes de cautelas contra o uso arbitrário ou casuístico de suas virtualidades.

30. Nem me parece que o sistema constitucional constitua óbice à continuidade e ao aprofundamento da experiência de grupos especiais de promotores, dedicados a matérias específicas: na medida em que constituídos na forma da lei, o plexo de atribuições de tais equipes, *ipso facto*, estará subtraído da esfera protegida das atribuições legais ordinárias do agente que tenha a sua demarcação na competência do juízo perante o qual sirva. Estou, *data venia*, em que a opinião contrária é fruto do mesmo mimetismo a que aludi e parte da falsa idéia de que a rotina ronceira de que o ofício de cada órgão do Ministério Público deve ter atribuições coextensivas ao de um órgão judiciário. Nada, entretanto, o impõe e as conveniências da administração dos fins institucionais do Ministério Público freqüentemente o desaconselham.

31. A questão já me preocupara quando, na Procuradoria-Geral da República, dediquei-me, com eminentes companheiros de trabalho, particularmente o ilustre Subprocurador-Geral da República, aqui presente, à formulação do projeto de Lei Orgânica do Ministério Público da União. Na mensagem, com que o encaminhei ao Congresso Nacional, acentuei:

“Ponto fundamental do projeto é o relativo às garantias dos membros do Ministério Público da União. A matéria revelou aspectos de grande complexidade, em especial, quando se cuidou de compatibilizar a inamovibilidade dos seus membros com os princípios da unidade e da indivisibilidade, aquele e estas consagradas na Constituição, o que tornou inadequado, no particular, a utilização dos parâmetros das garantias da magistratura. O projeto pretende ter adotado solução que harmoniza a garantia e os princípios institucionais mencionados, estabelecendo a sede natural de cada um dos níveis das carreiras do Ministério Público da União, distribuindo-os, horizontalmente, em ofícios, mediante critérios objetivos fixados em lei, e disciplinando rigidamente as hipóteses de remoção ou substituição”.

32. Orientação similar foi seguida no projeto do Executivo para a lei complementar de normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, cuja elaboração se fez sob a direção do hoje em. Ministro Celso de Mello.

33. O problema está, a meu ver, repito, não em vedar a avocação e a designação especial - que são instrumentos da unidade e da indivisibilidade da instituição, que a Constituição preservou -, mas, sim, em dar-lhes disciplina legal cerceadora do arbítrio. Nela, como acentuou o Relator, o exercício desses poderes, pelo Procurador-Geral, *“só se justificará, pois, nos limites estritos da lei e com respeito absoluto às atribuições funcionais do membro do Ministério Público, as quais constituem objeto de precisa discriminação legal”.*

34. É inegável, assim, em linha de princípio, que a concretização positiva da nova organização do Ministério Público, compatível, a um tempo, com os princípios institucionais e as garantias de seus membros, dependerá efetivamente de complementação legislativa. É o que resulta, aliás, das várias remissões do texto constitucional pertinente à legislação subconstitucional, complementar ou ordinária, que lhe desenvolva princípios e garantias (CF, arts. 127, § 2º, *in fine*; 128, §§ 3º, 4º e 5º; 128, § 5º, II, *c e e*; 129, VI, VII e IX e 61, § 1º, II, d).

35. De minha parte, não o nego.

36. Nesse sentido, as normas que nos ocupam, isto é, a regra que define os princípios institucionais do Ministério Público - a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º) - assim como a da necessidade implícita de compatibilizá-la com as que definem as garantias dos seus membros, entre elas, a inamovibilidade, a serem observadas nas leis complementares de organização (art. 128, § 5º, I), se enquadraria - observada a conhecida classificação da obra maior de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1968, p. 114) -, na categoria das "normas constitucionais de princípio institutivo" ou "de princípio orgânico ou organizativo".

37. São normas, explica o autor (*ib*, p. 115), que "contêm esquemas gerais, um como que início da estruturação de instituições, órgãos ou entidades", donde serem "de eficácia limitada, porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas".

38. Mais recentemente, Maria Helena Diniz (*Norma Constitucional e seus efeitos*, 1989), que segue, em linhas gerais, o esquema de José Afonso, entre as normas de princípio institutivo - porquanto "requerem que o legislador estabeleça, mediante leis complementares ou ordinárias, esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, para que tenham aplicabilidade plena ou imediata" (*ob. cit.*, p. 103) - entre elas inclui a do art. 127, § 2º, onde a Constituição, após definir o Ministério Público, no *caput*, e lhe enumerar os princípios institucionais, no § 1º, remete à lei dispor sobre sua organização e funcionamento.

39. Não contestando, assim, que a eficácia plena e a concretização positiva de tais normas demandem imprescindível complementação legislativa, o que, não obstante, ponho em discussão é a sobrevivência, incólume, até a edição das normas infraconstitucionais requeridas, da disciplina legal pré-constitucional, ainda no ponto em que se mostra inoportuno no esquadro da nova ordem constitucional.

40. Penso, de modo particular, na legitimidade da recepção, ainda que a título provisório, do poder monocrático do Procurador-Geral, para, imotivadamente e sem previsão específica, substituir por agente do Ministério Público de sua livre escolha e para determinado procedimento em curso, o Promotor que nele deveria atuar segundo os critérios de distribuição decorrentes de sua designação para officiar junto a determinado juízo criminal.

41. Aqui, *data venia*, é que me parece que a conclusão do em. Relator briga com os postulados mais caros da reflexão contemporânea sobre a força normativa da Constituição e reduz regras e princípios basilares do esquema constitucional do

Ministério Público a espécimes da ressurrecta categoria das normas constitucionais simplesmente diretórias ou *not self executing* dos clássicos americanos.

42. Note-se, entretanto, que nem essa velha classificação legitima a paralisia de normas proibitivas, como as que o Ministro Relator mesmo extraiu, com precisão, dos textos constitucionais abordados: já advertia *Black* (*apud* Francisco Campos, *Direito Constitucional*, 1956, I/398), que a distinção entre mandatórias e diretórias não se aplica aos preceitos proibitivos (“*the terms ‘mandatory’ and ‘directory’ are naturally not applicable to prohibitive statutes or those which simply for bid or denounce the doing of certain acts*”).

43. De qualquer sorte - sabe-o, melhor que eu, o em. Ministro Celso de Mello -, atualmente, parte a metodologia do Direito Constitucional do axioma, sintetizado por José Afonso (*ob. cit.*, p. 75), de que “*não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação de ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem, e na instauração da nova ordem instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar, prevista ou requerida*”.

44. No tocante especificamente às normas de princípio institutivo ou de organização - com as de *quae* -, o jurista pátrio depois de mostrar que “*a norma constitucional dependente de regulamentação também entra em vigor na data prevista na Constituição*” e, “*desde que entrem em vigor, são aplicáveis até onde possam*” (*ob. cit.*, p. 122) -, conclui, na linha da doutrina contemporânea mais autorizada, que, não obstante sua eficácia limitada, “*se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciado*” (*ob. cit.*, p. 124).

45. Para Maria Helena Diniz (*ob. cit.*, p. 101), tais normas de princípio institutivo, porque dependentes de complementação legislativa, “*não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisantes de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditivas de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem*”.

46. Ainda entre nós, e referindo-se à mesma categoria de normas, Rosah Russomano adverte que elas, “*face a elementos autônomos que apresentem, são aplicáveis até onde o possam ser*” e, por isso, infletem sobre “*a legislação anterior*”. (*Das Normas Programáticas em Tendências Atuais do Direito Público*, Hom. a Afonso Arinos, Forense, 1976, 267, 275).

47. Sem sair do mundo lusófono, é imprescindível lembrar Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., II) e J.J. Gomes Canotilho (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1982, e *Direito Constitucional*, 4ª ed., 1986).

48. De Jorge Miranda (*ob. cit.*, II/217 ss.), depois da peremptória afirmação de que nenhuma norma constitucional, preceptiva ou programática, “*é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa*”, a enumeração, em primeiro plano, como efeito da “*força jurídica das normas programáticas*”, o de que “*elas determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade superveniente, das normas legais anteriores que dispunham em sentido contrário*”.

49. Canotilho, de seu turno - que dedicou à “*compreensão das normas programáticas*” sua monografia notável -, no curso (*Direito Constitucional*, cit., p. 135), aceita igualmente que “*as normas constitucionais programáticas tenham efeito ‘derrogatório’ ou ‘invalidante’ (por inconstitucionalidade superveniente) dos preceitos legais anteriores não conforme com as mesmas*”.

50. No caso concreto, coube ao em. Relator evidenciar, a meu ver de modo conclusivo, a incompatibilidade entre os princípios e garantias constitucionais do Ministério Público e o exercício indiscriminado pelo Procurador-Geral dos poderes de avocação e substituição, que “*só se justificará (...) nos limites estritos da lei e com respeito às atribuições funcionais do membro do Ministério Público*”.

51. Daí me parecer que - não obstante a posituação de todas as virtualidades dos princípios referidos e de sua conciliação dependa da obra complementar de concretização legislativa -, enquanto ela não sobrevier, da vigência mesma da Constituição irradia-se o efeito paralisante - derogatório ou invalidante, como se queira - de normas (ou, pelo menos, da interpretação anterior de normas) preexistentes, contrárias à nova sistemática.

52. Aliás, ninguém duvidará de que é de eficácia negativa plena e imediata o inciso que outorgou aos membros do Ministério Público a inamovibilidade.

53. Se esta - como entende o Ministro Celso de Mello, com a minha adesão -, é incompatível com a substituição por ato individual sem parâmetros legais predeterminados, do Promotor com atribuições legais para o caso -, na ausência das normas infraconstitucionais, que o disciplinem, o que se há de paralisar não é a garantia, mas, sim, o poder de designação que, repito o Relator, dado o condicionamento imposto pelo novo sistema constitucional, “*só se justificará (...) nos limites estritos da lei*”.

54. Certo, a norma constitucional cuja recepção, se pretende, validaria o ato questionado do Procurador-Geral de Justiça - o art. 7º, V, LC 40/81 - é o que atribui o poder de “*designar, na forma da lei, membro do Ministério Público para o desempenho de funções administrativas ou processuais, afetas à instituição*”.

55. A cláusula, “*na forma da lei*”, a que ficou condicionada a atribuição, logo se vê, dispensaria a rigor cogitar-se de revogação ou inconstitucionalidade superveniente: a inexistência de condicionamentos legais, compatíveis com o novo regramento constitucional do Ministério Público, levaria apenas à paralisia temporária do poder.

56. Aliás, de logo se me afigura que não é mais praticável, sob a Constituição vigente, que os poderes de devolução e substituição se possam confiar ao exercício unipessoal do Procurador-Geral, com alheamento do colegiado superior do Ministério Público.

57. Parece curial, com efeito, que, sendo a garantia da inamovibilidade a condicionante básica dos referidos poderes hierárquicos, de seu exercício não se pode subtrair a participação do órgão colegiado ao qual se cometeu o papel decisivo no juízo do interesse público na remoção do membro do Ministério Público, que se admitiu como ressalva da mesma garantia.

58. O raciocínio tem a ver com um precedente do Tribunal, que me é muito caro, porque página relevante de momento decisivo da minha vida. Refiro-me ao MS 19.615, de 18.9.69, rel. o em. Ministro Eloy da Rocha, cuja ementa lhe resume bem o raciocínio - RTJ 54/216:

“Promoção, por antigüidade, de membro do Ministério Público da Justiça do Distrito Federal; recusa de indicação do mais antigo. Não é admissível a transferência, ao Chefe do Ministério Público, de atribuição excepcional, conferida ao Conselho, pela L. 3.434, de 20/7/58, só exercitável em condições especialmente previstas na lei, isto é, quando a vontade do órgão colegiado se manifestasse pela maioria qualificada de 2/3 dos votos. Vulneração do princípio da carreira do Ministério Público e negação do direito à classificação segundo a antigüidade.”

59. *Mutatis mutandis*, no sistema vigente, não podem remanescer na esfera da decisão solitária do Procurador-Geral poderes excepcionais que afetem a garantia da inamovibilidade, se a segurança desta foi entregue, na Lei Fundamental, ao contrário do que sucedia na ordem constitucional anterior - (CF 69, art. 95, § 1º, *in fine*), à decisão da maioria qualificada de um colegiado da instituição: foi essa fórmula constitucional de proscricção, no campo delicado dessa garantia básica, da margem de subjetivismo e de arbítrio que é inerente a toda decisão individual discricionária.

60. Não se trata, é certo, de uma dedução lógica de preceitos inequívocos, mas, na ausência de disciplina complementar, de uma tentativa de concretização conciliadora do que Canotilho chamaria “*momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios*” votados, na Constituição, à estruturação do Ministério Público.

61. É significativo, aliás, que a submissão do exercício da advocação ou da designação especial à anuência prévia ou ao referendo dos colegiados superiores da instituição tenha sido a solução proposta por ambos os projetos referidos, de Lei Orgânica, do Ministério Público da União (art. 49, VI e VIII) e da lei nacional de bases do Ministério Público dos Estados (art. 10, IX, g).

62. De qualquer sorte, Sr. Presidente, seja essa ou não a solução que validamente se possa construir para a espera da complementação legislativa que o tema reclama, basta, no caso concreto, a impossibilidade de conciliar os princípios da nova estruturação do Ministério Público, gizados com mestria pelo em. Relator, com a sobrevivência de substituições arbitrárias, de aparência casuística e com indícios veementes de desvio de poder, como a que se questiona na impetração.

Com escusas pela inesperada extensão do voto, peço vênia ao Ministro Relator para deferir o *habeas-corpus* para anular o processo, incluída a denúncia:

é o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 67.759-2 - RJ

Rel.: Min. Celso de Mello. Pctes.: Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra.
Impte.: Nélio Seidl Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, que indeferia o pedido, e o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *habeas-corpus* para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Marco Aurélio. O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido do Impetrante no sentido de ser suspensa a realização de audiência de instrução e julgamento já designada para o dia 1º de agosto, até a conclusão do julgamento. Falaram: pelas Ptes. o Dr. Nélio Seidl Machado e pelo Ministério Público Federal o Dr. Affonso Henriques Prates Correia. Plenário, 28.06.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.

HÉRCELUS BONIFÁCIO FERREIRA

Secretário

COMUNICAÇÃO

O Sr. Ministro Celso de Mello (RELATOR) - Submete-me, hoje, o ilustre impetrante, petição em que esclarece fatos cujo conhecimento pede seja transmitido à Corte, por seu possível relevo na resolução desta causa, *verbis*:

"O advogado NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO, impetrante do habeas-corpus em epígrafe, Pacientes, CARLA ESTEVES DE AZEVEDO GUEDES e ELAINE ESTRELLA, vem a V. Exa. requerer a apresentação dos documentos em anexo, os quais evidenciam, permissa venia, que o Promotor Especial, designado pelo Procurador-Geral em 10 de março de 1989, jamais recebeu atribuição específica para promover Ação Penal contra as pacientes, eis que os poderes que foram mencionados no ato (GPGJ) Nº 80/89 dizem respeito tão-somente às tarefas de "acompanhar o inquérito policial

n° 032/89, instaurado na Delegacia de Entorpecentes e todos os demais inquéritos ou flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada "OPERAÇÃO BANDEJA", para repressão ao tráfico de entorpecentes".

Como se vê, nenhuma atribuição foi deferida em prol do Promotor Especial, no sentido de alijar, para a eventual propositura da Ação Penal, o Promotor Titular da 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, tratado na impetração como promotor natural.

De derradeiro, anexa-se, também, a última cota da lavra do Promotor Especial nos autos do Inquérito n° 032/89, identificado em juízo pelo n° 6630, bem assim outra manifestação do Ministério Público, da lavra da Promotora Gizelda Leitão Teixeira, inferindo-se das mesmas que, tal como salientado da Tribuna, quando da sustentação oral, a investigação acerca da rumorosa "Operação Bandeja" continua em aberto, positivando-se, desse modo, de forma insofismável, o constrangimento que é objeto do writ.

Rogando a V. Exa. que dê conhecimento desses fatos ao Plenário desse Col. Supremo Tribunal Federal, justifica o impetrante a postulação pela circunstância de que, sob a fé de seu grau, deu conhecimento à Corte do que aqui agora resta comprovado."

Essa petição vem instruída, dentre outros documentos, por uma portaria do Procurador-Geral de Justiça, cujo teor é o seguinte:

"O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais, RESOLVE designar o Dr. LUIZ CARLOS RODRIGUES DA COSTA, Promotor de Justiça de 1ª Categoria, para, sem prejuízo de suas atribuições como representante do Ministério Público, acompanhar o inquérito policial n° 032/89, instaurado na Delegacia de Entorpecentes e todos os demais inquéritos ou flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada "OPERAÇÃO BANDEJA", para repressão ao tráfico de entorpecentes."

Há, ainda, instruindo o pedido do impetrante, uma manifestação do Promotor Especial em que este representante do Ministério Público determina à autoridade policial, encarregada das investigações, uma série de diligências. O retardamento na execução das providências investigatórias levou a Promotora referida na petição do impetrante a criticar, em termos veementes, a desídia do organismo policial:

*"MM. Dr. Juiz,
Nada foi feito na última baixa. Um absurdo que inquérito de tal relevância receba do responsável tratamento tão desidioso, consubstanciado na certidão de fls. 658.
Pela baixa para efetivo cumprimento da promoção de fls. 614 ut 617."*

Esse expediente foi recebido, em abril de 1990, pela autoridade policial, que determinou o integral cumprimento das diligências requisitadas pelo representante do Ministério Público.

O Sr. Ministro Moreira Alves - Eles alegam, em última análise, que o Procurador está ilegalmente desempenhando o mister de Promotor?

O Sr. Ministro Celso de Mello (RELATOR) - Sim.

O Sr. Ministro Moreira Alves - Então essa circunstância muda completamente o panorama do caso, pois surge a questão de saber se o Promotor está funcionando ilegalmente.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - Esta é uma questão cujo efetivo esclarecimento depende da análise do próprio processo penal condenatório.

O Sr. Ministro Moreira Alves - Há prova disso? Se não há, será o caso de pedir...

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - Existe uma portaria do Procurador-Geral de Justiça; contudo, os elementos existentes nestes autos não me permitem uma resposta categórica. Posso apenas acentuar que a leitura da portaria do Procurador-Geral parece indicar que o Promotor Especial teria agido *ultra vires*, excedendo os limites de uma mera designação administrativa que limitou a sua atuação à fase da investigação policial.

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Agora há um pormenor: quando da designação do Promotor Especial, o inquérito já estava distribuído à 5ª Vara Criminal, onde havia o titular.

O Sr. Ministro Moreira Alves - O grande problema é que se trata de *habeas corpus*, e não temos os autos da ação penal.

A meu ver, deve-se converter o julgamento em diligência.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - Não me oponho a que se converta em diligência este julgamento, para o efeito indicado, a fim de que esta ação de *habeas corpus* venha a ser julgada - tal como preconizado em meu voto e no do em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - à luz do princípio do Promotor Natural e não em face de um eventual excesso, cometido pelo Promotor designado, no que concerne às atribuições que lhe foram conferidas em portaria pelo Procurador-Geral de Justiça.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Tanto mais que o Procurador-Geral, opinando, interpreta o seu próprio ato como tendo efetivamente designado o Promotor para officiar nos casos específicos, inclusive, para oferecer a denúncia questionada.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - De qualquer maneira, Sr. Presidente, concordo com a proposta de conversão do julgamento em diligência, formulada pelo em. Ministro MOREIRA ALVES.

PROPOSTA DE DILIGÊNCIA

O Sr. Ministro Moreira Alves: - Sr. Presidente, não me sinto em condições de julgar. Assim, proponho que se converta o julgamento em diligência para que se requisitem os autos principais.

VOTO

(Sobre Diligência)

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Senhor Presidente, creio que até certo ponto já revelei o meu convencimento a respeito, ao apontar que a atuação do Promotor Especial se fez após a distribuição do inquérito. Para não parecer incoerente, posteriormente, assumindo essa posição e, portanto, deixando transparecer a irrelevância da vinda dos autos, faço este registro e concordo com a diligência.

Senhor Ministro Moreira Alves, V. Ex^a. me permite? De qualquer forma, temos a discussão em torno da figura do Promotor natural. Por quê? Porque, com a designação ocorrida, afastou-se aquele que normalmente atuaria no inquérito, tanto que o inquérito subiu à Vara e o Promotor titular da 5^a Vara Criminal chegou a lançar nos autos cota quanto à liberdade provisória das Pacientes.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - A colocação feita pelo eminente Ministro Marco Aurélio, na verdade, tendo presente a concepção formulada pela doutrina em torno do postulado do Promotor Natural, é justificável. É um conceito novo que emerge do texto constitucional promulgado em 1988. No Estado de São Paulo, esse princípio já se acha positivado na Lei Orgânica do MP paulista desde 1982.

Mas, o princípio do Promotor Natural, pela sua amplitude, estende-se à fase pré-processual; abrange, também, os procedimentos administrativos, de caráter investigatório, como o são os inquéritos policiais.

O Sr. Ministro Moreira Alves - Não é isto que se está atacando.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - Inobstante estas observações, e atendendo à tradição da Corte, concordo com a proposta de V. Ex^a., de conversão do julgamento em diligência, para efeito de esclarecimento pessoal.

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Presidente) - Ministro Moreira Alves, vamos limitar a questão por ora à proposta de conversão do julgamento em diligência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio - Concluindo, Presidente, reconhecendo que muito embora estejamos apreciando *habeas-corpus* impetrado contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso interposto em *habeas-corpus*, com a ressalva que já fiz, voto a favor da diligência, uma vez que alguns Colegas, pelo menos dois, já se manifestaram no sentido da necessidade de os autos virem à Mesa.

(Medida Liminar)

VOTO S/ DILIGÊNCIA

O Sr. Ministro Carlos Velloso: - Sr. Presidente, o fundamento principal da impetração é que consagraria a Constituição Federal a figura do Promotor Natural, por isso que, num certo processo criminal, o Procurador-Geral teria designado um outro Promotor, que não o titular da Vara, para funcionar. Se a designação foi correta,

poderemos enfrentar a questão do Promotor Natural. Se não há designação, a ilegalidade será outra.

Imprescindível a diligência, a meu juízo.

EXTRATO DA ATA

HC 67.759-2 - RJ

Rel.: Min. Celso de Mello. Ptes.: Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra. Impte.: Nélio Seidl Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, que indeferia o pedido, e o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *habeas-corporis* para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Marco Aurélio. O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido do impetrante no sentido de ser suspensa a realização de audiência de instrução e julgamento já designada para o dia 1º de agosto, até a conclusão do julgamento. Falaram: pelas Ptes. o Dr. Nélio Seidl Machado e pelo Ministério Público Federal o Dr. Affonso Henriques Prates Correia. Plenário, 28.06.90.

Decisão: Por unanimidade o Tribunal converteu o julgamento em diligência, determinando a requisição dos autos principais. Votou o Presidente, Plenário, 08.08.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

HÉRCELUS BONIFÁCIO FERREIRA
Secretário

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator) - Sr. Presidente, trata-se da questão pertinente ao denominado Promotor Natural, em que já houve dois votos, o do eminente Ministro Sepúlveda Pertence e o meu próprio, ambos reconhecendo implícito, embora com conclusões diversas, o princípio do Promotor Natural no novo ordenamento constitucional brasileiro.

Quando do prosseguimento do julgamento, o ilustre impetrante peticionou, esclarecendo que nenhuma atribuição fora deferida, formalmente, ao Promotor Especial, com o objetivo de viabilizar o ajuizamento de ação penal contra as ora pacientes, razão pela qual teria ele, o Promotor Especial, agido *ultra vires* além dos limites

materiais estabelecidos na portaria de sua designação subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça.

Por essa razão, converteu-se o julgamento em diligência, a fim de que fossem requisitados os autos principais, ora apensados ao presente *habeas-corpus*. Neles, constata-se a seguinte situação: a denúncia foi oferecida em 29.03.89, e recebida em 03.04.89, sem que, para tanto, dispusesse de poderes o Promotor Especial, designado, tão-somente, para acompanhar as investigações policiais. No entanto, o Procurador-Geral de Justiça baixou uma segunda portaria, em 05.04.89, ampliando as atribuições do Promotor Especial, com a finalidade de conferir-lhe, também, poderes de atuar não só em todos os inquéritos policiais, como, por igual, nas ações penais deles eventualmente resultantes e concernentes à denominada "Operação Bandeja". Nesse segundo ato, o Chefe do Ministério Público ratificou o oferecimento da denúncia pelo Promotor Especial.

Entendo que essa ratificação é perfeitamente possível, pelo que a portaria do Senhor Procurador-Geral de Justiça, de 05.04.89, legitimou qualquer possível e eventual defeito de ordem formal, no oferecimento da peça acusatória pelo Promotor Especial.

Assim, reitero o meu voto, o qual, não obstante haver reconhecido presente em nosso sistema constitucional o princípio do Promotor Natural, orientou-se no sentido de indeferir este *habeas-corpus* pelas razões já longamente expostas.

VOTO

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Os presentes autos revelam que, em inquérito policial, distribuído à Quinta Vara Criminal do Rio de Janeiro, oficiou o Titular nos seguintes termos:

"O M.P. manifesta-se pela concessão de liberdade provisória mediante fiança e, assim procede porque, efetivamente, o auto de prisão em flagrante é carente de qualquer elemento que indique o exercício de tráfico ilegal de entorpecente por parte das indiciadas.

A hipótese no mesmo descrita é, no máximo, aquela prevista no artigo 16 da Lei 6.368/76, tratando-se, portanto, de delito afiançável" (folha 69).

Lançada a referida cota em 09 de março de 1989, no dia imediato o ilustre Procurador-Geral de Justiça houve por bem designar o Promotor Dr. Luiz Carlos Rodrigues da Costa para, "sem prejuízo de suas atribuições, como representante do Ministério Público, acompanhar o inquérito policial nº 032/89, instaurado na Delegacia de Entorpecentes e todos os demais inquéritos ou flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada "OPERAÇÃO BANDEJA", para repressão ao tráfico de entorpecentes" (folha 74).

Daí, a denúncia de folhas 51 a 53, mediante a qual o Promotor designado, em ótica diametralmente oposta a do titular da Quinta Vara Criminal, enquadrou a hipótese na previsão do artigo 12 da Lei 6.368/76.

2. O Impetrante sustenta a nulidade processual, porquanto o afastamento do Titular da Quinta Vara Criminal e a designação de outro membro do Ministério Público para, no mesmo Juízo, atuar em um único processo, estaria a configurar transgressão ao princípio do “Promotor Natural”, alçado pela Carta de 1988 ao patamar constitucional.

3. O nobre Ministro relator assim sintetizou a questão:

“Inobstante reconheça imanente ao novo regramento constitucional pertinente ao Ministério Público o princípio do Promotor Natural, não vislumbro, na situação concreta emergente desses autos, hipótese que enseje a sua atuação, pois o sentido desse postulado exige, para que se lhe dê aplicabilidade, a edição de ato legislativo.”

4. Na assentada em que teve início o julgamento, externou o Ministro Sepúlveda Pertence o desejo não só de adiantar o voto, face a estudo realizado após pedido de vista na Turma, como também o de fazê-lo antes daqueles que lhe antecederiam na votação, ocorrendo concordância implícita, originária, de minha parte, da deliberação já tomada de fazer estudo da matéria.

Adotou S. Exa. as premissas do voto do Relator, concluindo, no entanto, pela concessão da segurança, já que:

“De qualquer sorte, Sr. Presidente, seja essa ou não a solução que validamente se possa construir para a espera da complementação legislativa que o tema reclama, basta, no caso concreto, a impossibilidade de conciliar os princípios da nova estruturação do Ministério Público, gizados com mestria pelo eminente relator, com a sobrevivência de substituições arbitrárias, de aparência casuística e com indícios veementes de desvio de poder, como a que se questiona na impetração.”

O voto mostrou-se conclusivo no sentido do deferimento do pedido formulado no presente *habeas-corpus*, para anular o processo, incluída a denúncia.

5. É inegável assistir ao Procurador-Geral de Justiça a atribuição de designar membro do Ministério Público para o desempenho de funções administrativas ou processuais afetas à Instituição - artigo 7º da Lei Complementar nº 40/81. Decorre tal atribuição da necessidade de racionalizar-se os serviços, procedendo-se de forma global e, portanto, tendo presente critério objetivo. E isto ocorreu na hipótese dos autos. Determinado membro do Ministério Público foi lotado, como titular, na Quinta Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro, desempenhando a atividade pertinente ao cargo de Promotor Público de forma indiscriminada, ou seja, em relação a todos os processos nela em tramitação. Daí haver lançado cota nos autos do inquérito policial nº 032/89, reveladora não só da posição favorável do Estado quanto à liberdade provisória das Pacientes, como também da fragilidade do auto de prisão em flagrante, visto que os

fatos nele descritos estariam, no máximo - e esta foi a expressão utilizada, a configurar hipótese enquadrável no artigo 16 da Lei 6.368/76.

Até então, viram as Pacientes observadas normas constitucionais básicas que asseguram, considerado o sentido amplo, e assim deve ser percebido, o exercício do lúdimo direito de defesa. As condições do caso, as particulares das Acusadas, não ditaram providências discrepantes do quadro normalmente verificado, logrando elas, face ao pronunciamento ocorrido, a liberdade provisória.

Eis que, no dia imediato ao do lançamento da cota nos autos pelo Titular do Ministério Público junto à Vara para a qual foi distribuído o inquérito, o Procurador-Geral de Justiça resolveu, de ofício, designar Promotor específico para acompanhar o inquérito policial referido, aludindo de forma expressa a este último, bem como, de forma genérica, a outros instaurados para apuração de infrações penais resultantes da denominada "Operação Bandeja". Com isto, a visão do Estado quanto ao citado inquérito modificou-se substancialmente, vindo à balha denúncia a envolver o tráfico de drogas e, portanto, o enquadramento das Pacientes no artigo 12 da citada Lei Especial - folhas 51 a 53.

A Constituição Federal contém preceitos que encerram a obrigatoriedade de respeitar-se o devido processo legal:

"Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (inciso LV do artigo 5º).

"Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (inciso LIII do artigo 5º).

Inegavelmente, a existência deste último dispositivo legal revela alcance que excede a simples previsão do juiz natural. A uma, porque, ao contemplar garantia constitucional, o faz com extravasamento do campo alusivo ao ofício judicante. Junge a prolação da sentença ao princípio do juiz natural, é certo, mas também revela a obrigatoriedade de observar-se o balizamento processual que outro não é senão o previsto na legislação em vigor. A duas, porquanto, estivesse o preceito limitado à inserção do princípio do juiz natural como garantia constitucional, forçoso seria dizer da redundância, isto mediante revelação de mandamentos com idêntico sentido, embora em incisos diversos. É que o de número XXXVII, do mesmo artigo, prevê, este sim, que não haverá juízo ou tribunal de exceção. Logo, impossível é deixar de reconhecer no inciso LIII sentido que extrapola o campo pertinente à competência do juiz. A alusão à impossibilidade de alguém vir a ser processado senão pela autoridade competente diz respeito às normas processuais e estas, iniludivelmente, abarcam os pressupostos de desenvolvimento válido do processo e dentre este exsurge a legitimidade *ad processum* e que, no caso, quanto ao Estado, é revelada pela atribuição conferida ao Promotor Público.

Ora, o elemento definidor da citada legitimidade fez-se na designação de determinado Promotor para, indistintamente, atuar nos processos em tramitação na Quinta Vara Criminal. Observada a premissa segundo a qual o processo deve seguir a tramitação prevista na legislação em vigor, conclui-se que as Pacientes não tiveram

respeitado o que lhes assegura a própria Constituição, quer considerado o sentido lato da expressão “juiz natural”, quer em relação ao conhecimento prévio do próprio legitimado para o processo na figura tão importante que é a do acusador.

Embora conhecedoras, de início, das regras estabelecidas, viram estas últimas serem, de uma única penada e sem a provocação de que cogita o artigo 28 do Código de Processo Penal - do Juiz da Vara - modificadas e, o que é pior, após lograrem enfoque amplamente favorável quanto à tipicidade do fato. Em síntese, assentou-se-lhes que o Juízo - sentido lato - mostrou-se desde logo completo quanto aos participantes da relação processual, mas passível de profunda modificação de acordo com os desdobramentos do caso, como se a atuação do Ministério Público não estivesse direcionada, também, à busca, com isenção, da chamada verdade real. Passaram a ser processadas mediante atuação de Promotor Especial - e entenda-se nessa expressão o sentido da escolha -, olvidando-se, com isto, a excomunhão, em termos constitucionais, do juízo de exceção, a vinculação a formalidades de caráter abstrato - inciso LIII - e, ainda mais, a igualdade que é o lastro de uma série de direitos - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição - inciso I do mencionado artigo 5º.

Sem mais nem menos, ignorando-se até mesmo a distribuição do inquérito já ocorrida, designou-se um acusador para o caso concreto, ao que tudo indica face ao descontentamento individual do Senhor Procurador-Geral com a atuação daquele que se mostrou e continuou a se mostrar apto em relação à totalidade dos demais processos em tramitação na Vara em que lotado como Titular.

Se de um lado compete ao Procurador-Geral a designação, de outro há que se assentar a vinculação à lei. Sem fato contemplado por esta, o afastamento compulsório daquele legitimado *ad processum* para, em nome do Estado, promover a acusação e a substituição, em único processo, por outrem e, mais ainda, após promoção favorável aos acusados, vulnera, a um só tempo, os preceitos pertinentes à proibição do juízo ou tribunal de exceção de processar-se ao arpejo das normas previamente conhecidas e, também, o que assegura a ampla defesa, pois afastou-se o equilíbrio verificado pela atuação, ao que se presume eqüidistante, do Promotor originário. Discriminou-se, de forma atentatória, ao direito das Acusadas de terem o mesmo tratamento deferido àqueles envolvidos nos demais processos em tramitação na referida Vara - inciso XLI do artigo 5º da Constituição.

Dessarte, já aqui como meu voto ao do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence e, no particular, também peço vênias ao nobre relator - não menos ilustre e douto Ministro Celso de Mello, para incorporar as premissas lançadas no voto que proferiu e que revelam, como irrefutável, a conclusão em torno da estatura constitucional do princípio Promotor Natural. Faço-o não só pelas razões já consignadas e que agitam os preceitos constitucionais dos incisos I, XXXVII, LIII e LV do artigo 5º, como também por considerar que os princípios de estatura constitucional geram, independentemente de lei regulamentadora, direitos e garantias - principalmente estas - não referidos expressamente no citado artigo, aliás como previsto no parágrafo segundo a ele vinculado:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Constando do corpo da atual Carta, quanto à atuação do Ministério Público, muito mais para salvaguarda da própria sociedade, como ressaltado pela melhor doutrina - Sergio Demoro Hamilton e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro -, os predicados da independência funcional - § 1º do artigo 127 e da inamovibilidade - alínea “b” do inciso I do artigo 128, há que se ter o deslocamento da acusação, como ocorrido, ou seja, à livre discricção do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como violador do direito comezinho das Pacientes de serem observadas as regras previamente estabelecidas e, portanto, de não serem surpreendidas com a designação de um Promotor Especial. Vale ter presentes as palavras do Ministro Antonio Neder, lançadas mediante voto proferido no *habeas-corpus* nº 48.728, em 26 de maio de 1971, julgado pelo Pleno, cujo Acórdão foi publicado na “Revista Trimestral de Jurisprudência”, páginas 299/339:

“Que o princípio da legalidade da ação penal diz respeito aos atos do processo, à competência do juiz e também à legitimidade do acusador. Em nosso sistema judiciário não há acusador sem que a lei o nomeie; em outras palavras, o acusador há de ser sempre e necessariamente o acusador legal, isto é, aquele que for previsto em lei... entre nós, domina o princípio da legalidade da ação penal, ou, mais precisamente, o da legalidade comum ou ordinária da ação penal, tanto que o artigo 153, § 15, da Constituição, texto da Emenda nº 1, expressa que não haverá tribunais de exceção, vedado é o juiz de exceção; ora, se é proibido o tribunal de exceção, vedado é o juiz de exceção; se é vedado instituir juízo de exceção, impedido é conceber-se o acusador de exceção, pois não se compreende que nossa Constituição proíba o juiz de exceção e admita o acusador de exceção, isto é, conceda e ao mesmo tempo subtraia uma garantia”.

E acabou por arrematar:

“O Promotor de Justiça da Comarca de Guarulhos se encontra no exercício de seu cargo de acusador oficial e a ele, só a ele, se pode cometer a acusação na ação penal de que este processo dá notícia; isto por causa do princípio de que o acusador é sempre o legitimado e não o escolhido por esta ou aquela autoridade, categorizada que seja, tanto mais justa esta conclusão quanto é certo que a nomeação de outro acusador importa em retirar, de tal promotor de justiça, a sua atribuição de acusar, isto com ofensa manifesta à sua estabilidade garantida, como se sabe pela Constituição (art. 96).”

Hoje, robustece-se o enfoque conferido à matéria pelo Ministro Antonio Neder, pois a inamovibilidade constitucional está contida de forma explícita em dispositivo legal para mim de eficácia imediata, quer porquanto encerra um princípio indispensável à atuação independente do Órgão, quer porque neles já se contém disciplina exaustiva.

A regra está prevista sem o silêncio quanto à exceção - esta corre à conta do interesse público e não prescinde da deliberação de colegiado (no caso, o Promotor Titular foi afastado por ato do Procurador-Geral de Justiça), assegurada, de qualquer forma, a ampla defesa.

Contudo, ainda que assim não fosse, mesmo que se possa dizer da necessidade de regulamentação, impossível é olvidar o princípio revelado no dispositivo constitucional, a gerar direitos, como previsto no § 2º do artigo 5º, sendo certo que possível dependência de balizamento legal do alcance da inamovibilidade aos citados direitos não prejudica, constituindo-se, nisto sim, em quadro inibidor de iniciativas como a revelada nestes autos. Em resumo, a ausência de regulamentação não exclui a inamovibilidade em si, afastando, sem a menor dúvida, a instabilidade própria aos atos praticados à livre discricção, sob pena de alijar-se aquela - a inamovibilidade - solapando-se, assim, a independência inerente à atuação dos Órgãos do Ministério Público. Dentre as interpretações imagináveis, deve prevalecer a que empreste ao dispositivo legal alguma eficácia, e não a que o torne inócuo, potencializando-se, com isto, o princípio fundamental nele inserido e que está voltado à segurança jurídica.

Muito embora não conste alusão na Portaria, e colocando em plano secundário, por absurdo, a origem individual e não colegiada do ato, impossível é vislumbrar o interesse público no simples fato de o Titular da acusação haver concluído pela fragilidade do auto de prisão em flagrante e assentido quanto a requerimento em torno da liberdade provisória e configuração, no máximo, de consumo e não tráfico de entorpecentes, pois o que se espera do Ministério Público quer como parte, quer como fiscal da lei é atuação voltada à verdade real.

As garantias do Ministério Público, tais como as pertinentes aos magistrados, extravasam, como já foi dito, o campo dos interesses respectivos para alcançar o dos que integram a vida gregária e, até aqui, ninguém colocou em dúvida as relativas aos segundos, especialmente as que cogitam da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irredutibilidade de vencimentos.

A rigor, frente à Carta, a substituição do Promotor Titular, ou seja, daquele que *a priori* é destinatário de atribuição que o torna legitimado a atuar em nome do Estado, somente pode ocorrer nas hipóteses de suspeição, impedimento, ausência em virtude de faltas, férias ou licença e na pertinência do artigo 28 do Código de Processo Penal. Estes são, em síntese, os casos que encontram agasalho na ordem jurídica em vigor. Extravagante é a substituição verificada à livre discricção do Procurador-Geral, mormente a ponto de desautorizar o membro do Ministério Público que vem atuando e de alcançar, solapando-a, a segurança dos jurisdicionados. Conflita com a noção que se têm do devido processo legal a variação da figura do acusador em meio à tramitação do processo e, portanto, sem que tenha tomado conhecimento com anterioridade. A independência do Ministério Público não se coaduna com quadro que revele a existência de um superórgão retratado na pessoa do Procurador-Geral que, enfim, nada mais é do que um membro da importante instituição e que logrou, no campo político, a confiança maior e, por isso mesmo, de cunho subjetivo, indispensável ao exercício da função. Os esforços deste destacado membro devem estar dirigidos ao fortalecimento da Instituição, a angariar a confiança dos cidadãos e, com isto, é de todo incompatível a interferência de ofício e sem justificativa ligada ao

interesse público que implique o afastamento daquele a quem se atribuiu, anteriormente e de forma genérica, a incumbência de atuar em nome do Estado.

Com este paralelo entre a inamovibilidade do Ministério Público - princípio-garantia dos que o integram, com os interesses e direitos das Pacientes, acompanho o nobre Relator quanto às premissas do brilhante voto proferido e, na conclusão e também nos doutos fundamentos, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Acolho o pedido formulado na inicial para deferir a ordem, declarando nulo, assim, o processo que resultou do inquérito nº 032/89, a partir do afastamento do Promotor Titular da Quinta Vara Criminal e indicação do Especial para atuar no caso em análise.

EXTRATO DA ATA

HC 67.759-2 - RJ

Rel.: Min. Celso de Mello. Ptes.: Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra. Impte.: Nélio Seidl Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, que indeferia o pedido, e do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *habeas-corpus* para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Marco Aurélio. O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido do impetrante no sentido de ser suspensa a realização de audiência de instrução e julgamento, já designada para o dia 1º de agosto, até a conclusão do julgamento. Falaram: pelas Ptes. o Dr. Nélio Seidl Machado e pelo Ministério Público Federal o Dr. Affonso Henriques Prates Correia. Plenário, 28.06.90.

Decisão: Por unanimidade o Tribunal converteu o julgamento em diligência, determinando a requisição dos autos principais. Votou o Presidente. Plenário, 08.08.90.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, que indeferia o pedido, e Marco Aurélio, que o deferia, para anular o processo, nos termos enunciados em seu voto, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Carlos Velloso. Plenário, 19.09.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Galloti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moreira Alves.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.

HÉRCELUS BONIFÁCIO FERREIRA
Secretário

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: - Num inquérito policial distribuído à 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, o Promotor Avelino Gomes Moreira Neto oficiou manifestando-se pela concessão de liberdade provisória, mediante fiança, sustentando que “o auto de prisão em flagrante é carente de qualquer elemento que indique o exercício de tráfico ilegal de entorpecente por parte das indiciadas”, e que “a hipótese no mesmo descrita é, no máximo, aquela prevista no art. 16 da Lei 6.368/76, tratando-se, portanto, de delito afiançável.” (fl. 72v.). Esta manifestação deu-se no dia 09.03.89. No dia seguinte, o Procurador-Geral de Justiça designou outro Promotor para, “sem prejuízo de suas atribuições, como representante do Ministério Público, acompanhar o inquérito policial nº 032/89, instaurado na Delegacia de Entorpecentes e todos os demais inquéritos ou flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada “OPERAÇÃO BANDEJA”, para repressão ao tráfico de entorpecentes.” (fl. 96). No dia 29.03.89, o Promotor Luiz Carlos Rodrigues da Costa, que fora designado pelo Procurador-Geral, ofereceu denúncia contra as ora pacientes, Elaine Estrela e Carla Esteves de Azevedo Guedes (fls. 2/4 e 95), dando-as como incursoas nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, a primeira, enquanto a segunda nas sanções do art. 12, § 2º, II e III do mesmo diploma legal.

Houve pedido de *habeas-corpus* perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que denegou a ordem. Ao recurso ordinário interposto, negou-lhe provimento o Superior Tribunal de Justiça. Daí o presente *habeas-corpus* originário perante esta Corte Suprema, visando a anulação do procedimento penal, sobre o fundamento de que a designação de promotor especial, pelo Procurador-Geral de Justiça, violou o princípio constitucional do promotor natural (CF, art. 127, § 1º e art. 128, § 5º, I, “b”).

O eminente Ministro Celso de Mello, Relator, após enfatizar que a Constituição de 1988 conferiu ao Ministério Público posição de eminência, como defensor do povo, consagrando a figura do promotor natural, “a que repugnam interferências ilegítimas da Chefia da Instituição, que rompem, mediante designações casuísticas e arbitrárias, a regular ordem de distribuição dos processos e encargos funcionais”, cuja fonte é o princípio da inamovibilidade, que concerne ao cargo e às funções, acrescentou:

.....
“Inobstante reconheça imanente ao novo regramento constitucional pertinente ao Ministério Público o princípio do promotor natural, não vislumbro, na situação concreta emergente destes autos, hipótese que enseja a sua atuação, pois o sentido desse postulado exige, para que se lhe dê aplicabilidade, a edição de ato legislativo.”

Mais:

.....
“Sendo assim, e enquanto não sobrevier a disciplina legislativa pertinente, não há como aplicar - ou mesmo invocar - o princípio

do Promotor Natural, que, inobstante a sua formulação no Plano doutrinário, ainda constitui tema *de lege ferenda*.”

Concluiu S. Exa. por indeferir o *habeas-corpus*.

Já o Sr. Ministro PERTENCE, depois de acentuar que o “promotor natural” decorre do princípio da independência funcional do Ministério Público (CF, art. 127, § 1º) e da garantia da inamovibilidade dos seus membros (CF, art. 128, § 5º, I), com implicações com o princípio do juiz natural e da garantia do devido processo legal, acrescentou que esses princípios não de conviver com dois outros, o da unidade e o da indivisibilidade, que contêm a idéia de uma organização hierarquizada, que compreende o poder de avocação e de substituição, vale dizer, “o poder do superior hierárquico de chamar a si o exercício concreto da função de subordinado” (J. Figueiredo Dias, *Direito Proc. Penal*, 1974, I/381) - e o de substituição - isto é, o de “designar outro subordinado para o exercício concreto da função do agente normalmente competente” (*id. ibidem*). Destarte, acrescenta S. Exa., “a inamovibilidade dos membros do Ministério Público,... não se identifica à dos juízes, precisamente porque - ao contrário do que sucede em relação à magistratura -, no Ministério Público a garantia há de conciliar-se com os princípios da unidade e da indivisibilidade, impostos no mesmo contexto da Lei Fundamental.” Todas essas questões carecem de complementação legislativa, diz S. Exa., todavia, acrescenta, as normas constitucionais que definem “os princípios institucionais do Ministério Público - a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º) - assim como a da necessidade implícita de compatibilizá-las com as que definem as garantias dos seus membros, entre elas, a inamovibilidade, a serem observadas nas leis complementares de organização (art. 128, § 5º, I),” são normas constitucionais de princípio institutivo ou de princípio orgânico ou organizativo, na classificação de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 1968, p. 114), com uma certa dose de aplicabilidade ou de eficácia, com o poder, por exemplo, de cortar a eficácia de normas anteriores com elas incompatíveis. Assim, por exemplo, não têm aplicação normas ou leis que autorizam o Procurador-Geral a praticar os poderes de devolução e substituição sem o concurso do Colegiado Superior do Ministério Público. Conclui S. Exa.:

“59. *Mutatis mutandis*, no sistema vigente, não podem remanescer na esfera da decisão solitária do Procurador-Geral poderes excepcionais que afetam a garantia da inamovibilidade, se a segurança desta foi entregue, na Lei Fundamental, ao contrário do que sucedia na ordem constitucional anterior - (CF 69, art. 95, § 1º, *in fine*), à decisão da maioria qualificada de um colegiado da instituição: foi essa a fórmula constitucional de proscricção, no campo delicado dessa garantia básica, da margem de subjetivismo e de arbítrio que é inerente a toda decisão individual discricionária.

60. Não se trata, é certo, de uma dedução lógica de preceitos inequívocos, mas, na ausência de disciplina complementar, de

uma tentativa de concretização conciliadora do que Canotilho chamaria “momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios” votados na Constituição, à estruturação do Ministério Público.

61. É significativo, aliás, que a submissão do exercício da avocação ou da designação especial à anuência prévia ou ao referendo dos colegiados superiores da instituição tenha sido a solução proposta por ambos os projetos referidos, de Lei Orgânica, do Ministério Público da União (art. 49, VI e VIII) e da lei nacional de bases do Ministério Público do Estados (art. 10, IX, g).

62. De qualquer sorte, Sr. Presidente, seja essa ou não a solução que validamente se possa construir para a espera da complementação legislativa que o tema reclama, basta, no caso concreto, a impossibilidade de conciliar os princípios da nova estruturação do Ministério Público, gizados com mestria pelo em. Relator, com a sobrevivência de substituições arbitrárias, de aparência casuística e com indícios veementes de desvio de poder, como a que se questiona na impetração.

Com escusas pela inesperada extensão do voto, peço vênia ao Ministro Relator para deferir o *habeas-corpus* para anular o processo, incluída a denúncia: é o meu voto.”

Votando, em seguida, o Sr. Ministro Marco Aurélio, após considerações a respeito da garantia do devido processo legal, do juiz natural (CF, art. 5º, LIII e LV) e do princípio da igualdade, trouxe ao debate o voto do Sr. Ministro Antônio Neder, no HC 48.728, e deu adesão ao voto do Sr. Ministro Pertence, para o fim de deferir o *writ*.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do *habeas-corpus*.

Estabelece a Constituição que são princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (CF, art. 127, § 1º). E no art. 128, § 5º, I, estatuiu:

“Art. 128.....

§ 5º- Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a)

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério

Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa;

c).....”

Concordo com o Ministro Pertence, quando S.Exa. sustenta que o *promotor natural*, que decorre dos princípios da independência funcional do Ministério Público (CF, art. 127, § 1º) e da inamovibilidade dos seus membros (CF, art. 128, § 5º, I, “b”) deve harmonizar-se com os princípios da unidade e da indivisibilidade (CF, art. 127, § 1º), compreendendo estes a idéia de que o Ministério Público é “uma organização hierarquizada” e, como tal, a instituição, que é una, há de ter uma direção, uma chefia - a própria Constituição, ao cuidar do Ministério Público da União, deixa expresso que este tem por chefe o Procurador-Geral da República, donde, pelo princípio da simetria federal, os Ministérios Públicos estaduais terão, também, um chefe, que será o Procurador-Geral de Justiça - ao qual são conferidos certos poderes, “entre os quais os de devolução - definido como “o poder do superior hierárquico de chamar a si o exercício concreto da função do subordinado” (J. Figueiredo Dias, *Direito Proc. Penal*, 1974, I/381) - e o de substituição - isto é, o de “designar outro subordinado para o exercício concreto da função do agente normalmente competente (*id. ibidem*).” Isto deflui, mesmo, da organização hierarquizada, com uma chefia, certo, entretanto, que toda essa organização deverá ser objeto de complementação legislativa, conforme está expresso, aliás, na Constituição (art. 128, 5º).

Posta assim a questão, importa perquirir-se, enquanto não editada a lei complementar mencionada no § 5º do art. 128 da Constituição, estaria de pé ou, noutras palavras, teria sido recepcionada, pela nova ordem constitucional, a disposição constante da Lei Complementar nº 40, de 1981, que, no seu art. 7º, V, confere ao Procurador-Geral de Justiça poderes para, “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe orientação que for cabível no caso concreto.”

Esta é a questão.

Para enfrentá-la é necessário, primeiro que tudo, verificar se a norma constante do § 5º, I, “b”, do art. 128, tem aplicabilidade ou pelo menos alguma incidência.

José Afonso da Silva, em obra que se tornou clássica, formulou, com base em modernos constitucionalistas italianos, como, por exemplo, Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1952, a divisão tricotômica das normas constitucionais, a dizer que, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, elas podem ser assim divididas: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata: não dependem de normatividade ulterior, para sua aplicação, vale dizer, têm incidência imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas possivelmente não integral: têm normatividade suficiente; todavia, prevêm normatividade ulterior, que pode reduzir a sua eficácia e aplicabilidade; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que podem ser de duas espécies: c1) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; c2) declaratórias de princípios

programáticos. Essas normas não receberam normatividade suficiente para a sua aplicação, ou, noutras palavras, ao legislador ordinário cabe regulamentá-las; são dependentes, portanto, de normatividade ulterior (José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. RT, 2ª ed., 1982, pp. 67/75).

No caso, bem percebeu o eminente Ministro Pertence, as normas inscritas no § 5º do art. 128 são normas de eficácia reduzida ou limitada. Em princípio, pois, não têm normatividade suficiente para sua aplicação. No caso, elas podem se classificar como normas constitucionais de princípio institutivo. São de eficácia limitada, em princípio, “não são, todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam, enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.” (José Afonso da Silva, *ob. cit.*, pp. 111/112). Como contêm elas esquemas gerais de organização, estabelecem “como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo”, acrescenta José Afonso da Silva (*ob. cit.*, p. 112). Por isso mesmo, porque estabelecem um início de organização, têm aplicabilidade onde tal aplicabilidade se torne possível.

Vamos ao caso sob exame.

Aqui, estou em que, conferindo a norma constitucional inamovibilidade ao membro do Ministério Público, “salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa”(CF, art. 128, § 5º, I, “b”), não recepcionou ela norma infraconstitucional que assegure ao Procurador-Geral poderes para, “mesmo no curso do processo, designar outro membro do Ministério Público para prosseguir na ação penal, dando-lhe a orientação que for cabível no caso concreto.” (LC 40/81, art. 7º, V).

Uma coisa ficou certa, a partir da promulgação da norma constitucional de que cuidamos, o § 5º, I, “b”, do art. 128: somente mediante decisão do órgão colegiado do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa, e por motivo de interesse público, poderá o membro do Ministério Público ser afastado de suas funções ou das funções para as quais estava designado. Esse afastamento será disciplinado na lei complementar de que fala o § 5º do art. 128, tendo presentes os princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, é certo; mas não é menos certo que, a partir da promulgação da citada norma constitucional, vale repetir, já não tem vigência norma infraconstitucional que autoriza o Procurador-Geral a afastar, em detrimento do princípio da inamovibilidade, o membro do Ministério Público das funções para as quais estava designado.

Este raciocínio mais se reforça diante das considerações postas no voto do Sr. Ministro Marco Aurélio. Na verdade, o princípio da inamovibilidade do membro do Ministério Público - com as restrições atrás mencionadas, tendo em vista os princípios constitucionais da unidade e indivisibilidade do Ministério Público - completa o princípio do *due process of law* que a Constituição consagra e que compreende o do juiz natural (CF., art. 5º, XXXV, LIII, LV).

Do exposto, peço licença ao Sr. Ministro Celso de Mello para acompanhar o voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Em consequência, defiro o *writ*.

EXTRATO DA ATA

HC 67.759-2 - RJ

Rel.: Min. Celso de Mello. Ptes.: Carla Esteves de Azevedo Guedes e outra. Impte.: Nélio Seidl Machado. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro-Relator, que indeferia o pedido, e do voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *habeas-corpus* para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Min. Marco Aurélio. O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido do impetrante no sentido de ser suspensa a realização de audiência de instrução e julgamento, já designada para o dia 1º de agosto, até a conclusão do julgamento. Falaram: pelas Ptes. o Dr. Nélio Seidl Machado e pelo Ministério Público Federal o Dr. Affonso Henriques Prates Correia. Plenário, 28.06.90.

Decisão: Por unanimidade o Tribunal converteu o julgamento em diligência, determinando a requisição dos autos principais. Votou o Presidente. Plenário, 08.08.90.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator que indeferia o pedido, e Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que o deferiam para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Sr. Ministro Carlos Velloso. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Plenário, 19.09.90.

Decisão: Após os votos dos Srs. Ministros Relator, que indeferia o pedido, e Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso que o deferiam, para anular o processo, o julgamento foi adiado em razão do pedido de vista do Sr. Ministro Paulo Brossard. Plenário, 11.10.90.

Presidência do Sr. Ministro Aldir Passarinho, na ausência justificada do Senhor Ministro Néri da Silveira, Presidente. Presentes os senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Galloti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.

HÉRCELUS BONIFÁCIO FERREIRA
Secretário

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Questiona-se no presente *habeas-corpus* a designação de um promotor especial, pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para atuar em todos os procedimentos persecutórios

penais resultantes de determinada operação policial, denominada "Operação Bandeja", efetivada na cidade do Rio de Janeiro.

Sustenta o impetrante que essa designação ofende o princípio do "promotor natural" que, ha hipótese, seria o titular da Promotoria da 5ª. Vara Criminal do Rio de Janeiro.

2. O Relator, Ministro Celso de Mello, entende que o princípio depende de Lei para que se lhe dê aplicabilidade; a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é que lhe vai delinear o perfil, precisar-lhe o conteúdo, o alcance e a extensão. Enquanto não sobrevier a disciplina legislativa pertinente, não há como aplicar - ou mesmo invocar - o princípio do promotor natural.

Por outro lado, o Ministro Sepúlveda Pertence, entendendo que o promotor natural decorre do princípio da independência funcional do Ministério Público (CF. art. 127, § 1º) e, da garantia da inamovibilidade dos seus membros (CF, art. 128, § 5º, I, "b"), relaciona-o com os princípios do juiz natural e do devido processo legal e com os princípios constitucionais que informam a instituição, o da unidade e o da indivisibilidade. Não contesta, porém, que a eficácia plena e a concretização positiva de tais normas dependam de complementação legislativa, - o que contesta é a recepção do poder monocrático do Procurador-Geral para, imotivadamente e sem previsão específica, substituir o Promotor, que deveria atuar em determinado procedimento em curso, em decorrência de sua designação para officiar junto a determinado juízo criminal, por outro de sua livre escolha. O que se põe em discussão é a sobrevivência da disciplina legal anterior, ante a nova ordem constitucional, até a edição das normas legislativas requeridas. Acompanharam-no os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

3. Preliminarmente, peço vênia para divergir dos que vêem na inamovibilidade dos membros do Ministério Público a base do princípio do "promotor natural". Vejo na inamovibilidade uma **garantia funcional**, cuja finalidade é proteger, no caso específico, o pleno exercício das elevadas funções dos membros do Ministério Público, contra desmandos de autoridades que lhes sejam superiores. É a garantia funcional do Promotor Público de permanecer no lugar para o qual foi designado, impedindo sua remoção *ex-officio*, salvo motivo de interesse público.

Tanto é que a Constituição Federal dispõe, no artigo 128, parágrafo 5º, que a Lei Orgânica do Ministério Público deve observar, **relativamente a seus membros**:

"I - as seguintes garantias:

.....
b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada a ampla defesa."

A inamovibilidade é garantia outorgada aos membros do Ministério Público, que objetiva evitar a sua remoção ou transferência discricionária ou arbitrária; é uma garantia, hoje constitucional, que visa ao agente público e não aos administrados ou jurisdicionados, não obstante traga reflexos indiretos a estes.

Tanto isto é verdade que, mesmo na hipótese de inamovibilidade por motivo de interesse público, permitida pela norma constitucional, deve-se assegurar ao Promotor Público e somente a ele ampla defesa dessa sua garantia funcional.

Ademais, assentar o princípio do “Promotor Natural” na garantia da inamovibilidade, resultaria em sustentar também em relação à Defensoria Pública o princípio do “Defensor Público Natural”, já que o parágrafo único do artigo 134 da Constituição assegura, também, a esses funcionários a garantia da inamovibilidade.

4. No que diz respeito ao, também invocado, princípio da independência funcional do Ministério Público, é de se observar que ele é assegurado, no parágrafo 1º, do artigo 127, da Constituição Federal, à instituição do Ministério Público, tanto é que a norma constitucional ao assim conceituá-lo, como princípio institucional, objetiva precípua e fundamentalmente estabelecer sua autonomia em relação aos Poderes do Estado e não exclui a hierarquia e a disciplina.

É claro que da independência funcional da instituição decorre a de seus membros; é uma garantia funcional que deflui da institucional.

De mais a mais, entendo que os princípios da unidade e da indivisibilidade da instituição não favorecem a tese da impetração.

Aliás, a designação de um promotor para acompanhar todos os processos decorrentes de certa operação policial, como no caso vertente, parece-me que se justifica por si mesma, a conveniência de dar unidade e coerência à ação do Ministério Público em relação a situações idênticas, evitando contradição ou desconformidade em procedimentos resultantes de uma só origem. Não me parece tenha havido abuso na medida adotada pelo Procurador-Geral do Estado.

A justificação da medida decorre de sua própria enunciação; evidentemente cuidava dar unidade e coerência à ação persecutória. Quando ocorre uma operação “Bandeja”, suponho eu tenha atingido algumas ou muitas pessoas; os processos resultantes poderiam estar distribuídos por diversas varas, para diversos promotores e ter desenvolvimento processual diferenciado e, quem sabe, até contraditório. Parece-me que, por um princípio normal de administração, o Procurador-Geral quis imprimir ao caso unidade de ação e de tratamento. O Procurador-Geral tem este poder? Entendo que sim; ele tem de ter; não precisa a lei dizer; decorre da própria organização do serviço público. O Ministério Público não faz exceção a esta regra. A menos que houvesse norma legal expressa em contrário, tenho para mim que é um poder ínsito a toda organização do serviço público. O Procurador-Geral tem de ter. Agora, o Procurador-Geral pode claudicar? Pode. Mas não posso raciocinar partindo do pressuposto de que o Procurador vá agir facciosa e abusivamente. Tenho de raciocinar que um alto servidor, que se presume possuidor dos títulos devidos, não vai proceder senão no sentido do regular funcionamento da instituição que dirige. De modo que, a mim parece uma medida que eu diria trivial de organização, de disciplina, de condução do serviço público. Não vejo ilegalidade nem ofensa aos direitos dos impetrantes do *habeas-corpus*. Se a lei amanhã dispuser de outro modo, muito bem, a lei terá assim disposto, mas assentar como regra que decorra da inamovibilidade o princípio do promotor natural à semelhança do juiz natural, quer-me parecer que constitui um excesso que não encontra fundamento na disciplina constitucional da instituição.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence - Não queria polemizar. Mas preciso deixar claro que a denominação “promotor natural”, se a usei, foi por mera simplificação. No meu voto, ao que me lembro, disse claramente que não cedia a essa perigosa

tendência de tratar os problemas do Ministério Público com a similitude absoluta com a Magistratura, quando há dois princípios, também constitucionais - a unidade e a indivisibilidade do Ministério Público - a impor nítida diferenciação entre as duas instituições. O que me pareceu, no entanto, *data venia*, é que a unidade e a indivisibilidade, na Constituição brasileira, hão de compatibilizar-se com a independência funcional e, em termos, com a inamovibilidade, sob pena de esvaziá-las. Donde, a existência de critérios legais necessários a permitir o afastamento do promotor de determinado caso e a designação de outro.

O Sr. Ministro Paulo Brossard: - Eu apenas diria, Senhor Presidente, e sem propósito de prolongar o meu voto, que os princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público não são novidade. A eles se refere a velha lei do Ministério Público, e mais do que isto, Senhor Presidente, antes que estivesse na lei, estava na jurisprudência. Eu me recordo de um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado pouco depois da Constituição de 1946, em que o Tribunal do Rio Grande do Sul, por unanimidade, concedeu *habeas-corpus*, num determinado caso, fundado no princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, que não estava expresso em nenhuma lei.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: - Unidade e indivisibilidade à *outrance* levariam, como está na Lei Orgânica do Ministério Público português, também à rígida hierarquia da instituição. O difícil, entre nós, é conciliar unidade e indivisibilidade com independência funcional.

O Sr. Ministro Paulo Brossard: - Mas a independência funcional também tem o seu alcance e o seu conteúdo. Se nós não conciliarmos esse princípio com o da hierarquia, vamos estabelecer uma espécie de “monarquia”, uma série de ilhas que não chegam sequer a formar um arquipélago, num serviço que deve ter unidade e indivisibilidade e que tem inclusive um chefe que se chama Procurador-Geral, previsto na Constituição, e que, aliás, não é de hoje.

Mas, é claro, Sr. Presidente, houve tempos em que o Ministério Público era realmente um agente de confiança absoluta, pura e simples, do Poder Executivo. Creio que isso foi em todo o Brasil, no Rio Grande do Sul também foi assim. Mas há muito tempo que ele vem se libertando dessa submissão e adquirindo um alto *status* legal e constitucional. Creio, no entanto, que não se pode levar ao ponto de estabelecer o Ministério Público como se fosse uma espécie de domínio pessoal, próprio ou privativo de cada agente, e que o Chefe do Ministério Público não possa tomar providências relativas ao serviço, que a mim parecem de óbvia justificação, como neste caso concreto.

Tenho para mim que “promotor natural” é o integrante do *Parquet*, com as garantias funcionais (pessoais e institucionais) constitucionalmente previstas, a quem as leis de integração normativa tenham deferido competências privativas ou especiais. Não vejo ofensa a esse princípio, na instituição de órgãos especiais com funções específicas no Ministério Público, como também não vejo na designação de Promotores especiais, desde que estas objetivem o interesse público e estejam previamente previstas nas suas leis organizacionais. O que não é possível dentro da nova sistemática constitucional é a designação do Promotor *ad hoc* para exercer funções institucionais

do Ministério Público e nem as designações que venham a prejudicar ou inibir a independência funcional de seus membros.

Em face da Constituição, na designação, de um Promotor especial para cuidar de processos originários de uma só providência policial, não vejo que resulte em constrangimento ilegal às pessoas por desventura envolvidas na apuração policial do caso e em seu desdobramento judicial.

Peço vênia aos eminentes Ministros que esposaram entendimento contrário para indeferir o *habeas-corpus*, por entender, como entendo, ser inaceitável a tese sustentada na impetração.

Indefiro o *habeas-corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Octávio Gallotti: - Também eu, Sr. Presidente, peço licença aos Ministros que divergiram, para acolher os votos dos eminentes Ministros Relator e Paulo Brossard, pelos próprios fundamentos que S. Exas., brilhante e exaustivamente, aduziram perante este Tribunal.

Indefiro o pedido.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: - Sr. Presidente, também indefiro o pedido, por entender que inexistente a figura do denominado *promotor natural*.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Presidente): - Havendo questão constitucional a dirimir, devo votar.

A meu ver, a Constituição Federal de 1988 não contém explícito, nem implícito, o princípio do "Promotor natural", não resultando ele, necessariamente, dos princípios da independência funcional e da inamovibilidade dos membros do Ministério Público.

Valho-me, quanto a esses pontos, dos fundamentos deduzidos no voto do eminente Ministro Paulo Brossard, com a devida vênia dos que dissentem.

Nada impede, porém, que a Lei Orgânica do Ministério Público venha a adotar o princípio (do “Promotor natural”), o que, aliás, me parece salutar para a instituição e para os jurisdicionados.

De qualquer maneira, devo acompanhar a conclusão do voto do eminente Relator, pois não vislumbrando (o meu voto) o princípio do “Promotor natural”, nem explícito nem implícito, na Constituição, e não havendo sido ainda editada lei que o reconheça, devo, como S. Exa., concluir pelo indeferimento do pedido de *habeas-corpus*.

EXTRATO DE ATA

HABEAS-CORPUS Nº. 67.759

ORIGEM: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

PACTES: CARLA ESTEVES DE AZEVEDO GUEDES E OUTRA

IMPTE: NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ

Decisão: Após o voto do Ministro Relator, que indeferia o pedido e do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que deferia o *habeas-corpus* para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio. O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido do impetrante no sentido de ser suspensa a realização de audiência de instrução e julgamento, já designada para o dia 01 de agosto, até a conclusão do julgamento. Falaram pelas pacientes, o Dr. Nélio Seidl Machado e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia. Plenário, 28 de junho de 1990.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal converteu o julgamento em diligência, determinando a requisição dos autos principais. Votou o Presidente. Plenário, 08 de agosto de 1990.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator que indeferia o pedido, e Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio que o deferiam, para anular o processo, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Velloso. Ausente, justificadamente, o Ministro Moreira Alves. Plenário, 19 de setembro de 1990.

Decisão: Após os votos dos Ministros Relator, que indeferia o pedido, e Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, que o deferiam, para anular o processo, o julgamento foi adiado em razão do pedido de vista do Ministro Paulo Brossard. Presidência do Ministro Aldir Passarinho, Vice-Presidente, na ausência justificada do Ministro Nélio da Silveira, Presidente. Plenário, 11 de outubro de 1990.

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal indeferiu o pedido de *habeas-corpus*, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, que o deferiam, ficando revogada a medida liminar. Votou o Presidente. Não votaram os Ministros Francisco Rezek e Ilmar Galvão, pois, à época do início do julgamento, não integravam a Corte. Plenário, 06 de agosto de 1992.

Presidência do Senhor Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

LUIZ TOMIMATSU
Secretário

Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello
DD. Relator do *Habeas-Corpus* nº 67.759-2

O advogado Nélio Roberto Seidl Machado, impetrante do *habeas-corpus* acima epigrafoado, defrontando o teor do r. acórdão, publicado no DJU de 01.07.93, sendo pacientes Carla Esteves de Azevedo Guedes e Elaine Estrella, tempestivamente, através da presente, oferece

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO,

aduzindo, para tanto, o que se segue:

O longo acórdão que vem de ser publicado, a par de trazer em seu bojo, rica e erudita discussão acerca do princípio do promotor natural, deixou de enfrentar, como seria indispensável, aspecto relevante relacionado diretamente com o constrangimento ilegal questionado na via do *habeas-corpus*.

Trata-se da questão relacionada com o excesso de poderes observado na espécie, na medida em que o promotor designado, em substituição ao natural, foi além das atribuições que lhe foram conferidas, pois o ato de sua indicação, validado, pela maioria dos votos, não contemplava, de modo algum, o específico encargo de apresentar denúncia.

Transcreva-se o teor do ato de designação em tela:

“ATO GPGJ N° 80/89, de 10 de março de 1989

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, no uso de suas atribuições legais,

RESOLVE designar o Dr. LUIZ CARLOS RODRIGUES DA COSTA, Promotor de Justiça de 1ª Categoria, para, sem prejuízo de suas atribuições, como representante do Ministério Público, acompanhar o inquérito policial n° 032/89, instaurado na Delegacia de Entorpecentes, e todos os demais inquéritos ou flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada “OPERAÇÃO BANDEJA”, para repressão ao tráfico de entorpecentes.

CARLOS ANTONIO NAVEGA”

Procurador-Geral de Justiça

(fls. 96, dos autos)

Como se vê, independentemente da discussão mais alentada, sobre a existência ou não, de forma concreta, a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, do princípio do promotor natural, havia, de permeio, como há, uma matéria residual, a ser dirimida no próprio *habeas-corpus*, destacada, em certo momento, pelo próprio Ministro Relator, na comunicação levada a plenário, em 8 de agosto de 1990, e que culminou com a determinação de requisição dos autos principais (confira-se com o extrato da ata de 08.08.90).

Acerca do ponto nodal a ser enfrentado, no particular, destaque-se, ainda da sessão de 8 de agosto de 1990, o esclarecimento do Eminentíssimo Relator, Min. Celso de Mello, que evidencia, melhor que o embargante, a necessidade de ser complementado o julgamento do *Habeas-Corpus* 67.759-2.

Salientou, ao ensejo, com propriedade, o Douto Relator, depois de proceder à leitura de petição que lhe fora apresentada pelo impetrante, à guisa de destacar exatamente o ponto controvertido, sobre o qual se fazia indispensável deliberação do Tribunal, *verbis*:

“Existe uma portaria do Procurador-Geral de Justiça; contudo, os elementos existentes nestes autos não me permitem uma resposta categórica. Posso apenas acentuar que a leitura da portaria do Procurador-Geral parece indicar que o promotor especial teria agido *ultra vires*, excedendo os limites de uma mera designação administrativa, que limitou a sua designação à fase da investigação policial.”

Ora, requisitados os autos, e tendo o julgamento se estendido no tempo, com diversos pedidos de vista, como sucedeu com os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Paulo Brossard, o certo é que a Corte discutiu tão-somente a existência ou não do princípio do promotor natural, **olvidando-se da questão residual, consubstanciada em se saber, afinal, se o promotor designado agira ou não *ultra vires***, em razão da natureza do encargo que recebera, objeto do ato do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça, nº 80/89, já reproduzido nos presentes embargos.

Com efeito, o ato é muito claro. Os poderes foram conferidos para

“acompanhar o inquérito policial nº 032/89...”,

bem assim

“todos os demais inquéritos e flagrantes instaurados para apurar infrações penais resultantes da denominada “OPERAÇÃO BANDEJA”, para repressão ao tráfico de entorpecentes”.

É evidente que se pretendeu conferir ao Ministério Público presença concreta na fase inquisitória. De resto, a operação fora aparatosa, largamente divulgada pelos meios de comunicação. Do ato em si, do Procurador-Geral, **nada se colhe no tocante à atribuição de denunciar** que competiria, naturalmente, em tais condições, ao promotor da vara criminal competente por distribuição, para conhecer dos fatos. Configurou-se, pois, na espécie, como anteviu o Eminentíssimo Ministro Relator, ato *ultra vires*, pelo que a denúncia há de ser havida como nula, nos termos da documentação que integra o *mandamus*, dirimida qualquer dúvida sobre a matéria, através de consulta aos autos principais, que foram requisitados pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Cumpria à Corte, pois, decidir o *writ* tendo presente, também, este constrangimento específico. É óbvio que, caso sufragada, plenamente, a tese do promotor natural, estaria prejudicada a deliberação ora reclamada. Superado, no

entanto, o tema mais discutido, o que lhe é subjacente e residual, a rigor, não poderia ser desprezado.

Assim, na linha do destaque conferido à questão pelo próprio Ministro Celso de Mello, na sessão de 8 de agosto de 1990, pede-se que os presentes embargos sejam acolhidos para que o julgamento se complemente, ou se renove, quanto ao ato *ultra vires*, perfectibilizando-se, dessarte, a prestação jurisdicional reclamada, na via da garantia constitucional incomparável que sabe ser a do *habeas-corpus*.

Do Rio de Janeiro para Brasília,

10 de julho de 1993.

NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO
OAB/RJ 23.532

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM *HABEAS-CORPUS*
Nº 67759-6 - RIO DE JANEIRO

Relator: Ministro Celso de Mello

Embargante: Nélio Roberto Seidl Machado

Embargado: Supremo Tribunal Federal (Pleno)

Ementa: *Habeas-Corpus* - Princípio do Promotor Natural. Atuação *Ultra Vires* do Promotor Designado. Denúncia Ratificada pelo Chefe do Ministério Público. Possibilidade. Questão Apreciada pelo Acórdão. Inocorrência de Omissão. Embargos Rejeitados.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, proclamou a existência do princípio do *Promotor Natural* no sistema de direito positivo brasileiro.

- É legítima a ratificação, pelo Chefe do Ministério Público, de denúncia oferecida por membro da Instituição a quem se outorgaram poderes para meramente atuar na fase pré-processual da investigação criminal.

A eventual atuação *ultra vires* do Promotor designado, uma vez convalidada por deliberação superveniente e imediata do Procurador-Geral, despoja-se de qualquer eiva de ilegalidade formal.

Questão que, por haver sido *efetivamente* apreciada pelo acórdão recorrido, não justifica, ante a inocorrência de omissão, o uso da via dos embargos declaratórios.