

# Os princípios constitucionais da dependência hierárquica (MF espanhol) e independência funcional (MP brasileiro): reflexões à luz da evolução do Ministério Público e do constitucionalismo contemporâneo

Dicken William Lemes Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilla (Espanha).

**Resumo:** O tema que motiva a realização deste artigo é a constatação de que o Ministério Fiscal espanhol e o Ministério Público brasileiro são regidos por dois princípios constitucionais antagônicos. São os princípios da dependência hierárquica para o primeiro e da independência funcional para o segundo. Na verdade, tais princípios expressam opções legítimas do legislador constituinte espanhol e do brasileiro, realizadas em um contexto favorável. Sem embargo, este estudo busca demonstrar que, apesar da diferença pontual, esse antagonismo é muito menos intenso do que pode supor uma análise apressada e superficial. Com efeito, são dois os fatores que sustentam essa afirmação: primeiro, a constatação de que o Ministério Público evoluiu para converter-se em um órgão essencial para a proteção do Estado Constitucional, consolidado hoje como Estado Social e Democrático de Direito na Espanha e no Brasil; e, segundo, o fato de que os dois princípios referidos, vistos à luz do constitucionalismo contemporâneo, têm alcance limitado quando confrontados com outros princípios constitucionais. Em outras palavras, tais princípios não podem ser interpretados sem que seja assegurado ao Ministério Público um razoável e satisfatório grau de garantias, necessárias para o exercício de suas funções com responsabilidade e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis.

**Palavras-chave:** Ministério Público brasileiro. Ministério Fiscal espanhol. Neoconstitucionalismo. Independência funcional. Dependência hierárquica.

**Abstract:** The main issue in this essay is the finding that Spanish and Brazilian prosecutors are governed by two opposed constitutional principles. These principles are the hierarchical dependence, for the first, and functional independence, for the second. In fact, both of them express legitimate options of the Spanish and Brazilian constituent legislators, held in a favorable context. Nevertheless, this paper seeks to demonstrate that, despite minor differences, this hypothetical contradiction is much less intense than might assume a hasten and superficial analysis. Indeed, there are two arguments that support this claim: first, finding that the prosecutors office has evolved to become an organ essential to protecting the Democratic Constitutionalism, consolidated today as a Democratic and Welfare State in Spain and Brazil; and second, that the two principles above, viewed in the light of the new constitutionalism, have limited reach when faced with other constitutional principles. In other words, these principles can not be interpreted without being granted a reasonable and satisfactory degree of assurance, required for the performance of the prosecutor duties, with responsibility and freedom of unreasonable or unnecessary hierarchical control structures.

**Keywords:** Brazilian public prosecution office. Spanish public prosecution office. Neo-constitutionalism. Functional independence rule. Hierarchical dependence rule.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Ministério Público, Estado de Direito e direitos fundamentais: elementos de origem, evolução e contexto contemporâneo. 3 Princípios constitucionais do Ministério Público e neoconstitucionalismo. 4 Autonomia e independência do Ministério Público: alguns modelos atuais e os modelos espanhol e brasileiro de Ministério Público. 4.1 Alguns modelos de Ministério Público atuais: perspectivas de autonomia e independência. 4.2 O Ministério Fiscal espanhol. 4.3 O Ministério Público brasileiro. 4.4 Reflexões sobre o antagonismo dos princípios da dependência hierárquica (Ministério Fiscal espanhol) e independência funcional (Ministério Público brasileiro). 5 Conclusões.

## 1 Introdução

A instituição do Ministério Público alcançou em muitos países de índole democrática, tanto na Europa quanto na América,

uma posição jurídico-política fundamental para construção (PAES, 2003), manutenção e preservação do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, fato este que se consolidou no contexto do que Peter Häberle chamou, ao analisar a atual fase de desenvolvimento da Jurisdição Constitucional, de “logro cultural do Estado Constitucional”<sup>1</sup>.

O papel do Ministério Público de hoje merece, pois, reflexões baseadas na compreensão da evolução de sua natureza, desde uma perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais, passando pelo constitucionalismo liberal e pelo constitucionalismo democrático, e chegando aos nossos tempos, marcados pela globalização como fenômeno radical de transformação de espaço e tempo (JÁUREGUI, 2011, p. 237-266).

Como resultado desse processo histórico, o Ministério Público foi forjado como instituição do Estado de Direito destinada e vocacionada à proteção do interesse público – inicialmente, na vertente histórica de manutenção da paz social e da legalidade e, em seguida, com a evolução para o modelo político do Estado Social e Democrático de Direito<sup>2</sup>, contexto em que lhe foram confiadas novas e indispensáveis funções de transformação social, para defesa, em última análise, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com base em reflexões pertinentes às suas novas funções e ao papel que vem assumindo como órgão de equilíbrio

---

1 Peter Häberle (2004, p. 156) utiliza essa expressão ao realizar uma análise da Jurisdição Constitucional na fase atual do desenvolvimento do Estado Constitucional, dividindo-a, historicamente, em três partes, tendo como cenário inicial a fase anterior à II Guerra Mundial, partindo do surgimento da ideia da noção de Jurisdição Constitucional autônoma (Marbury vs. Madison – Estados Unidos e Constituição de Weimar – 1919), passando pelo período do pós-Guerra (Constituições Italiana – 1947 e Alemã – 1948) e chegando ao período de expansão da Jurisdição Constitucional, posterior a 1989.

2 “Las transformaciones del moderno Estado de Derecho y muy en particular el advenimiento del Estado Social, han traído consigo un profundo replanteamiento de la naturaleza jurídico-política del Ministerio Fiscal en el marco de un nuevo sistema constitucional”. (PRADA, 1999, p. 22-23).

entre os Poderes no contexto do Estado Social e Democrático de Direito, o Ministério Público reclama uma releitura de sua natureza jurídico-política, no marco do novo sistema constitucional de nossos tempos. Além disso, a instituição do Ministério Público, cujos diversos modelos vêm sendo fixados a partir de Constituições de índole democrática em muitos dos países europeus e americanos, no período que sucedeu ao término da II Guerra Mundial, inclusive Espanha e Brasil, expressa, ao menos nesses dois países, uma garantia institucional.

O presente artigo, nessa ampla moldura, propõe uma análise crítica, com a produção de algumas reflexões à luz de teorias contemporâneas do Direito Constitucional, do Ministério Fiscal espanhol e do Ministério Público brasileiro, com relação ao modelo constitucional adotado quanto ao princípio orgânico da “dependência hierárquica” na Constituição espanhola (art. 124.2<sup>3</sup>) e o princípio da “independência funcional” na Constituição brasileira (art. 127, § 1<sup>o</sup>).

Embora a proposta de estudo aqui apresentada contemple uma grande variedade de abordagens possíveis, em vista da amplitude que o tema sugere, o que aqui se intentará é apresentar, sob o enfoque do constitucionalismo contemporâneo, uma reflexão acerca da natureza do Ministério Público, especialmente na Espanha e no Brasil, que, apesar de contemplarem modelos semelhantes de instituição, apresentam a peculiaridade da existência de diferença pontual relativa ao tema da (in)dependência funcional, elevado à categoria de princípio constitucional.

---

3 “Artículo 124.2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

4 “Art. 127. 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. § 1<sup>o</sup> - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.

## **2 Ministério Público, Estado de Direito e direitos fundamentais: elementos de origem, evolução e contexto contemporâneo**

O modelo de Ministério Público hoje vigente na Espanha e no Brasil deriva do processo histórico de afirmação dos direitos humanos e do surgimento do Estado de Direito, marcado pela evolução do constitucionalismo liberal ao atual constitucionalismo democrático. Assim, da evolução histórica da instituição do Ministério Público, nesse contexto, resultou a fixação de importantes incumbências e funções à instituição, tendentes ao equilíbrio no esquema consolidado de tripartição de poderes e à proteção do interesse público, o que reclamou maior autonomia e independência de sua atuação com o passar do tempo<sup>5</sup>.

Dessa forma, na presente análise se busca valorar a evolução histórica do Ministério Público em contraste com as transformações jurídico-políticas do Estado, de molde a permitir a construção de um fio condutor lógico, capaz de ser utilizado para melhor compreensão da crise atual da instituição, diante das transformações do Estado contemporâneo. E, nessa perspectiva, constata-se a existência de uma sintonia evolutiva entre a afirmação histórica dos Direitos Humanos, a respectiva positivação como direitos fundamentais no plano constitucional e a ampliação do objeto de atuação do Ministério Público<sup>6</sup>.

---

5 “La historia del M.F. es la historia de su propia metamorfosis institucional. Ni el análisis de las viejas magistraturas que conoció el Derecho Histórico ni el examen de los órganos que los monarcas crearon para la defensa de los intereses patrimoniales de la Corona, permiten afirmar la existencia de una institución que abrigara un contenido funcional próximo al abanico competencial que, en nuestros días, se encomienda al Fiscal”. (MARCHENA GOMEZ, 1992, p. 193).

6 El Ministerio Fiscal o Ministerio Público, como generalmente suele denominársele en el Derecho comparado, no es una institución innata sino un fruto de la Historia. [...] Es así como la institución del Ministerio Fiscal va adquiriendo un carácter expansivo de sus funciones y, sin perder su originaria misión de promover el ‘ius puniendi’, ve acentuada su condición de órgano esencial para la estructura política del Estado, convirtiéndose en el custodio de la legalidad democrática y tutelador de los derechos de los ciudadanos, en una evolución aún no consumada, pero que

A análise (COMPARATO, 1999) com base na qual se pode afirmar que a evolução dos direitos humanos resulta de um processo histórico de criação e difusão de instituições jurídicas destinadas à proteção da dignidade humana constitui, atualmente, doutrina consolidada. Com fundamento em tal doutrina, e no contexto da positivação dos direitos fundamentais, pode-se considerar consensual a constatação de que a origem do modelo de Ministério Público atual remonta à França e aos modelos franceses.

Conde-Pumpido Ferreiro<sup>7</sup>, ao estudar as diversas concepções de Ministério Público e analisar o sistema que denomina *Continental Napoleônico* ou de *Representação do Poder Executivo*, afirma que a verdadeira instituição do Ministério Público moderno é criação do Direito Continental. Além disso, diz que foi o sistema francês o primeiro dos sistemas, tanto em origem quanto em extensão, que alcançou a configuração própria do modelo atual da instituição.

Observa-se, pois, a importância desse momento, em que começa a conformação e a conquista do Estado de Direito, na sua etapa de Estado de Direito Liberal, para análise da evolução, da conformação e das perspectivas do Ministério Público atual. A propósito, diz Eduardo García de Enterría (2001, p. 19–20) que a Revolução Francesa expressou um fato totalmente distinto de outros tantos que até então tinham resultado em mudanças políticas. São criados fundamentos inteiramente novos, inaugurando-se um período histórico que ainda hoje se encontra em fase expansiva e de aprofundamento dos seus postulados básicos: liberdade e igualdade. Ressalta esse autor

---

se hace patente con fuerza creciente en las más modernas Constituciones y en las más recientes reestructuraciones del Ministerio Público de los países de nuestra área cultural”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 15–17).

- 7 La legislación napoleónica concibe al Ministerio Público fuertemente jerarquizado, como organización monocrática – a semejanza de la del Estado Imperial – y sometido al principio de unidad formal e indivisibilidad, que hace que todos sus componentes actúen en nombre de la Institución y puedan ser sustituidos unos por otros, sin que la función se vea interrumpida o afectada. [...] Pero la principal característica de este sistema es la incardinación del Ministerio Fiscal en el Ejecutivo, poder predominante que, en su tendencia expansiva, se apodera de la institución para completar el dominio sobre el Poder Judicial [...]”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, op. cit., p. 21–22).

(ibidem, p. 57), além disso, a grande influência do “iusnaturalismo racionalista”, cuja linguagem serviu de parâmetro para a redação das declarações de direitos do homem na América e na França.

A noção de Estado Liberal de Direito vincula-se, então, ao contexto da superação do Estado Absolutista, com o surgimento do movimento do constitucionalismo, mediante o qual se “pretendia a jurisdicização do *liberalismo*, no seu sentido tanto político (ligado à garantia do cidadão perante o Estado) quanto econômico (vinculado aos postulados de uma economia de livre mercado)” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 108).

Nesse contexto, e com base na premissa de que a estrutura do modelo jurídico-político do Estado de Direito descansa no dogma do império da lei como expressão da soberania popular, a doutrina espanhola (PRADA, op. cit., p. 104-109) destaca que a configuração jurídico-política do Ministério Público nesse modelo foi influenciada, principalmente, por dois fatores: a primazia da lei e a construção política da separação de poderes. Entretanto, é certo que esta segunda característica experimentou um desequilíbrio significativo, com o fortalecimento do Executivo após as guerras napoleônicas. Tal fato, então, repercutiu na configuração da natureza jurídico-política do Ministério Público nessa época, o qual, ao invés de se converter já em órgão de garantia do Estado de Direito, viu aprofundada sua dependência do Executivo.

Observa-se, então, como decorrência de fatores econômicos, a eclosão da crise do Estado Liberal de Direito. E o que se verificou, nesse momento, é que os fatos posteriores à Revolução Francesa desembocaram na crise do Estado Liberal, cujas bases ideológicas, individualismo e abstencionismo, com a doutrina do livre mercado, não produziram o equilíbrio social preconizado.

Na segunda metade do século XIX, inicia-se um novo contexto jurídico-político que dará lugar, após múltiplos eventos históricos e políticos e já a partir da segunda metade do século XX, à progressiva consolidação e extensão da noção de Estado Social e Democrático de Direito. Esses fatos tiveram importantes repercussões na institui-

ção do Ministério Público, uma vez que desembocaram em questionamentos do modelo bonapartista, que concebia a instituição como instrumento do Executivo para controlar o Poder Judiciário.

A evolução e crise do Estado Social e Democrático de Direito, que se experimentou em seguida, constituiu, então, o cenário da conformação e consolidação dos modelos atuais de Ministério Público na Espanha e no Brasil.

De acordo com análise de doutrina espanhola (PORRAS NADALES, 2011, p. 561-583), bastante esclarecedora para a finalidade de melhor visualização da posição contemporânea do Ministério Público, observa-se que o Estado Social, cujo efetivo nascimento encontra-se no período que sucedeu ao término da II Guerra Mundial, converteu-se no modelo de Estado do século XX, com a substituição do abstencionismo pelo intervencionismo estatal.

Tal fato, que se verificou em decorrência da existência de um período<sup>8</sup> economicamente expansivo, com um entorno histórico favorável, resultou no estabelecimento de um novo marco geral, que tem a configuração do Estado como o elemento impulsor da racionalidade e da justiça do sistema, observando-se uma tendência centralista e de estatização.

As pioneiras e mais conhecidas constituições, da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn – 1949) e da Itália (1947), contam com os antecedentes de constituições como a dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917, a de Weimar, de 1919, e a própria Constituição da II República espanhola, de 1931, ou a Constituição brasileira de 1934, entre outras, no que concerne ao enfoque de política social, como as primeiras que contribuíram de forma decisiva para consolidar, na prática, um modelo de Estado Social.

---

8 Em tal período observa-se a existência de um ambiente favorável à intervenção do Estado para reconstrução dos países afetados pelo flagelo bélico, sob influência de novos ideais então em voga (ideias econômicas de maior participação do Estado na gestão das crises econômicas, de John Maynard Keynes, e propostas reformistas do socialismo “fabiano” consolidadas no Informe Beveridge – 1942). Além disso, destaca-se a existência, no período, de condições sociais (tendência favorável à formulação de pactos sociais entre trabalhadores e empresários) e econômicas (Plan Marshall) adequadas.

E, a partir de então, opera-se uma mudança no modelo de Constituição do Estado Liberal, expandindo-se, nas novas cartas fundamentais, os direitos e as garantias dos cidadãos, com a presença de normas programáticas e de reforço burocrático destinado à concretização do Estado do Bem-Estar Social. Assim, além do movimento expansivo dos direitos fundamentais, observa-se também a formulação e a adoção de orientação geral do ordenamento jurídico a fim de tornar efetivos os valores constitucionalizados, finalidade esta para a qual o Ministério Público assume importância capital.

No contexto desta nova realidade, marcada pela complexidade do Estado e pela superação do esquema clássico de tripartição de poderes<sup>9</sup>, o Ministério Público passou não somente a expressar um importante mecanismo para controle do exercício do poder e para encaminhá-lo à consecução dos valores superiores do ordenamento (BOUSAULT, 1993, p. 20-21), mas também a integrar-se a um conjunto institucional articulado em torno do Estado Assistencial. Vale ressaltar que a missão desse conjunto institucional consiste em tornar efetivos os princípios e direitos fundamentais, em direção aos quais devem se orientar tanto a produção quanto a aplicação do ordenamento jurídico (PRADA, 1999, p. 164-165).

Com o passar do tempo, entretanto, verifica-se, em um setor da doutrina econômica e política, um questionamento dos princípios básicos do Estado Social, devido, por uma parte, ao incremento dos gastos sociais e dos recursos fiscais exigidos para suportá-los e, por outra, à limitação dos recursos de que dispõe o Estado. No campo político-ideológico sobrevém o chamado “neoliberalismo”, embasado em uma política de diminuição do Estado, por meio da prática da desregulamentação e da privatização, movimento este que não alcançou os resultados pretendidos.

---

9 “desde hace tiempo, tanto la reducción del poder del Estado a tres potestades, como las realidades sociales sobre las que se sustentaban, ha dejado de tener vigencia [...]. En resumen, la trinidad de poderes se ha hecho demasiado simple para explicar la división del poder en un Estado y en una sociedad actualmente complejos” (GARCÍA PELAYO, 1995, p. 57-60).

No ponto, é relevante observar que a regulação em nível constitucional do Estado Social, não somente na Europa mas também em outros locais, como no Brasil, além das respectivas doutrinas e jurisprudências constitucionais pertinentes a tais conteúdos, impediram a extinção dos valores e princípios básicos do modelo do Estado Social.

Em outra linha de análise, interessante mencionar o trabalho de Bruno Amaral Machado (2007b, p. 53-116), que, priorizando o contexto sociopolítico, investiga e sintetiza “o contexto em que é elaborado o discurso sobre o modelo de acusação penal na atualidade”, com o objetivo de explicar o crescente protagonismo dos atores do sistema de justiça de nossos dias. Conclui-se, no trabalho aqui referido, que tal fenômeno se verifica em face da atual expansão do Direito Penal, derivada de pressões associadas à globalização econômica, no combate à corrupção política e à delinquência econômica. Tal fenômeno, segundo afirma Machado (2007b, p. 63), “explicaria o protagonismo de juízes e promotores de justiça nas investigações sobre corrupção política” e o elevado destaque e importância da instituição do Ministério Público nas sociedades contemporâneas.

No contexto das ideias desse autor, é importante sua referência às demandas contemporâneas de independência e autonomia do Ministério Público, com a otimização e preservação de valores, como a maior garantia de defesa e a maior eficiência na persecução criminal, concretizados na assunção, por parte da instituição, da função de dirigir as investigações de delitos, coordenando e orientando uma Polícia Judiciária a ela subordinada. Assim, nada obstante ressalte as alterações das normas processuais penais após a vigência, na Espanha, da Constituição de 1978 (CE/1978), em vista de atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH<sup>10</sup>, Machado observa que parte da doutrina indica justamente a falta

---

10 “Sainz Ruiz (2000) comenta que, desde a Constituição de 1978, as normas processuais penais espanholas vêm sofrendo alterações em razão da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sedimentando-se o entendimento de que o princípio acusatório puro é mais progressista e corresponde ao perfeito Estado de Direito. Além disso, seria imprescindível conferir verdadeira independência ao MP espanhol”. (MACHADO, 2007b, p. 73).

de independência do Ministério Público como o principal obstáculo à adoção do modelo de direção da instrução criminal pelo Ministério Público.

É necessária, ademais, uma referência ao tema da globalização, que se apresenta como o fenômeno que maior impacto tem produzido em todos os campos de convivência humana: político, econômico, cultural, jurídico etc. Nesse contexto, a própria conformação e as perspectivas do Estado Social de Direito e do modelo de Ministério Público também devem sofrer fortes impactos.

Entre as várias leituras possíveis do fenômeno da globalização, tem-se, por exemplo, a avaliação ofertada por Zygmunt Bauman (1999, p. 63-84), que apresenta uma série de observações sobre as consequências humanas da globalização. Esse autor chega à conclusão de que, em sua dimensão negativa, que se afasta da ideia de universalização, a globalização traz como consequência uma patente desigualdade social, econômica e jurídica, o que expressa um retrocesso no reconhecimento e na efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Outra leitura possível é aquela oferecida por Gurutz Jáuregui (2011, p. 237-226), que, ao propugnar por um novo contrato social, defende a adaptação dos Estados à nova situação com a diversificação do poder em várias soberanias compartilhadas, flexíveis e caracterizadas pela interconexão, no contexto da nova ordem mundial direcionada ao surgimento de um modelo híbrido. Esse modelo é capaz de unir elementos positivos dos modelos confederado e federal, com a possibilidade de limitação do monopólio dos diferentes Estados, tanto em nível interno como internacional, como sujeitos de direito internacional, sem que isso signifique necessariamente acabar com o Estado.

Essas ideias poderiam, inclusive, conduzir a um novo constitucionalismo mundial, regulador de um ordenamento jurídico complexo em que seria possível a convivência de ordens jurídicas diversas, que não fossem necessariamente sustentadas em relações

hierárquicas de supremacia ou subordinação, mas em critérios de coparticipação, cooperação e subsidiariedade (FERRAJOLI, 1996). Além disso, nessa linha que privilegia a visão da globalização mais aproximada da ideia de universalização, com o surgimento de um modelo jurídico “cosmopolita”<sup>11</sup> e de um “constitucionalismo global”<sup>12</sup>, não se poderá prescindir de instituições do Estado voltadas à concretização dos valores do Estado Social e Democrático de Direito, como é o caso do Ministério Público.

### **3 Princípios constitucionais do Ministério Público e neoconstitucionalismo**

Este tópico do estudo apresenta algumas noções de conceitos, instituições e ideias forjados no âmbito da Jurisdição Constitucional e respectiva doutrina (princípios constitucionais, hermenêutica constitucional, garantia institucional etc.), encampadas no ainda ambíguo<sup>13</sup> contexto do chamado neoconstitucionalismo, e tem por finalidade a busca de uma melhor compreensão sobre a natureza, o alcance e a eficácia dos princípios constitucio-

---

11 “Kant, Idea for a Universal History with a Cosmopolitan Intent [...] 1983:29. Kant postula que a sociedade avança para a constituição de uma comunidade ética mundial em que o processo de criação de uma comunidade política constitui o primeiro passo. Há duas áreas nas quais o progresso deve ocorrer: (i) o progresso na política e no desenvolvimento de um sistema jurídico mundial; (ii) o progresso na ética e na correspondência entre a criação interna (ética) de leis e a criação externa”. (MORRISON, 2006, p. 179-180).

12 “o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o jus cogens – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o jus cogens e os direitos humanos –, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global”. (CANOTILHO, 1999, p. 1276).

13 “El término ‘neoconstitucionalismo’, aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiipositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conectados entre ellos”. (POZZOLO, 2010, p. 165).

nais relativos à (in)dependência funcional do Ministério Público na Espanha e no Brasil.

Com efeito, considerando-se o fato de que o tema da independência/hierarquia ou autonomia do Ministério Público encontra-se positivado, tanto na Espanha quanto no Brasil, sob a forma de princípios constitucionais, faz-se necessário realçar a natureza instrumental de tais princípios. Vale dizer, tais princípios existem somente para que a instituição do Ministério Público consiga, com a indispensável autonomia e isenção, desincumbir-se de sua principal missão, consolidada no contexto das transformações do Estado contemporâneo, como órgão que encarna o exercício de um conjunto de funções essenciais para a manutenção e garantia do Estado de Direito (PRADA, 1999, p. 339).

Pois bem, essa compreensão, relativa a tais princípios constitucionais, não prescinde da análise de alguns instrumentos forjados no contexto da jurisdição constitucional contemporânea, identificada por vários estudiosos como *neoconstitucionalismo*, conforme salienta Miguel Carbonell. Este autor destaca que a novidade que marca e caracteriza esse fenômeno é o fato de que, neste início do século XXI, opera-se a sua efetiva concretização no Estado Constitucional, valorizando-se a combinação de três elementos pré-existentes: *textos constitucionales*, *prácticas jurisprudenciales* y *desarrollos teóricos*, cuja dinâmica teórica e prática explica o conteúdo e o significado do termo (2010, p. 153-158).

Além disso, a ideia do *neoconstitucionalismo*, como contemplada no cenário dos debates e estudos atuais, liga-se a outras duas: de *pós-positivismo* e de *hermenêutica constitucional*.

Assim, pós-positivismo é designação dada às novas tendências críticas ao positivismo jurídico formalista. Conforme destaca Pérez Luño<sup>14</sup>, o pós-positivismo já encontra significativos representantes na

---

14 “Uno de los signos característicos de la filosofía y la teoría del derecho de la hora presente consiste en la aparición de una serie de doctrinas que poseen en común el propósito de enmendar las principales críticas avanzadas frente al positivismo

cultura jurídica espanhola. Susanna Pozzolo (2010, p. 167) observa que a característica fundamental em que coincidem todos os estudiosos neoconstitucionalistas é seguramente a crítica ao positivismo jurídico.

Pois bem, a irrupção do chamado pós-positivismo, concomitante com o surgimento do Estado Democrático de Direito, resultou de dois fatores: a superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo. Tais fatos abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. Em tal ambiente, então, promoveu-se a reaproximação entre Direito e Ética, com a valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica<sup>15</sup>.

É nesse contexto, também, que hoje se afirma a existência, ligada à noção de princípios constitucionais, da chamada *nova hermenêutica constitucional* e suas relações com a teoria dos direitos fundamentais, cuja edificação estaria embasada no princípio da dignidade humana.

Observa-se, no ponto, a pertinência dos temas do *neoconstitucionalismo*, *pós-positivismo* e *nova hermenêutica constitucional*, para melhor compreensão dos princípios relativos ao tema da hierarquia/independência do Ministério Público, incorporados na CE/1978 (Espanha) e CF/1988 (Brasil). Para tal finalidade, devem ser realça-

---

jurídico formalista. Estas tendencias que, convencionalmente, se suelen designar como postpositivistas, han contado también con significativos representantes en la cultura jurídica española actual. Uno de los focos de recepción e irradiación de las actuales tendencias del postpositivismo jurídico es, sin resquicio a duda, el núcleo de iusfilósofos formados en torno al magisterio de Gregorio Peces-Barba en la Universidad Carlos III de Madrid. [...], Peces-Barba ha considerado necesario superar el formalismo kelseniano mediante los estímulos intelectuales de Bobbio, Hart y Ross. Esa directriz científica se ha prolongado en sus más allegados discípulos en los que la apertura y, en cierto modo, la corrección del iuspositivismo formalista, se ha operado a partir del reconocimiento de la dimensión de ‘facticidad’ del derecho, encarnada en la función del poder político en las sociedades democráticas. Al propio tiempo, la necesidad de fundar el sistema jurídico en valores y, en particular, en los derechos fundamentales [...]”. (PÉREZ LUÑO, 2007, p. 197).

15 Cf. BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 107.

dos três aspectos relacionados ao tema: *a normatividade dos princípios, a interpretação concretizadora e a técnica da ponderação*.

A *normatividade dos princípios* é realçada na dogmática constitucional moderna<sup>16</sup>, que identifica os princípios e as regras como as duas grandes categorias nas quais se enquadram as normas em geral e as normas constitucionais em particular. Assim, enquanto as *regras* contemplam relatos mais objetivos e descritivos de certas condutas, com a incidência da subsunção<sup>17</sup>, os *princípios*, cujos relatos comportam um grau de abstração maior, além de se aplicarem a um conjunto amplo e indeterminado de situações, reclamam a utilização da *ponderação*<sup>18</sup>, na hipótese de tensão dialética de princípios que apontem em direções opostas. Tal processo intelectual opera-se com a utilização, como fio condutor, do princípio instrumental da *proporcionalidade*.

Robert Alexy (2010, p. 111) explica a estrutura da ponderação da seguinte forma:

en el derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad, que consta de tres subprinci-

16 “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna Dogmática Constitucional, indispensável para a superação do Positivismo legalista, onde as normas se cingiam as regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria”. (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 108-109).

17 “Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do Juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto”. Ibidem, p. 101.

18 “[...] ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível!”. Ibidem, p. 110.

pios: los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas.

Uma observação, entretanto, é necessária quanto à ponderação, pois a utilização de tal técnica não prescinde da necessidade de controle de legitimidade de decisões (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 126), conforme também adverte Inocêncio Coelho (2003, p. 57), ao salientar que, em termos de racionalidade hermenêutica, em alguma medida, tudo o que implica valoração é congenitamente irracional e infenso a critérios de verdade ou testes de validação e ao concluir que *racional* será aquela atividade hermenêutica que, observados métodos, critérios e padrões socialmente compartilhados, mostrar-se apta à realização de fins reputados valiosos por determinada comunidade, em certo momento histórico.

Vale ressaltar, entretanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana revela-se “como *valor-fonte* de todos os valores, *valor fundante* da experiência ética, ou se preferirmos, como *princípio e fim* de toda ordem jurídica” (COELHO, 2003, p. 49).

Além disso, deve-se realçar, quanto à ponderação, a respectiva natureza de *interpretação concretizadora*, que não identifica necessariamente texto (dispositivo) e norma. Com efeito, a identificação do *núcleo essencial* de princípios que eventualmente se apresentem em conflito deve envolver a precisa interação “entre o ‘programa normativo’(correspondente ao comando normativo) e o ‘domínio normativo’(a realidade social)” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 103), entendida a não identificação entre norma e texto-normativo como “postulado básico da denominada metódica

‘normativo-estruturante’ de Friedfrich Müller”, segundo esclarece o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho<sup>19</sup>.

Por fim, resta mencionar a condição do Ministério Público, tanto na Espanha<sup>20</sup> quanto no Brasil<sup>21</sup>, como uma *garantia institucional*, cuja noção, que se vislumbra em apartado dos direitos fundamentais e se destina a resguardar os traços essenciais de certas instituições, expressa a proteção constitucional de determinadas instituições sociais, típicas e necessárias, da organização política (Barrero Ortega, 2008, p. 1046).

Finalizando este tópico, pode-se concluir que a utilização de instrumentos típicos do *neoconstitucionalismo*, entre os quais se encontram o manejo do jogo consertado do conjunto de princípios constitucionais e a garantia institucional, tem importância determinante para a compreensão dos princípios da *independência funcional* e da *dependência hierárquica*, aos quais devem sujeitar-se, respectivamente, o Ministério Público brasileiro e o Ministério Fiscal espanhol.

---

19 “O facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (= processo metódico) não significa que o texto ou a letra da lei constitucional contenha já a decisão do problema a resolver mediante aplicação das normas constitucionais. Diferentemente dos postulados da metodologia dedutivo-positivista, deve considerar-se que: (1) a letra da lei não dispensa a averiguação de seu conteúdo semântico; (2) a norma constitucional não se identifica com o texto; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma deve ter em atenção elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão”. (CANOTILHO, 1999, p. 1.141).

20 “IV.- [...] Ministerio Fiscal en la Constitución española de 1978 [...] el artículo 124 le otorga el carácter de garantía institucional, pues sus características básicas vienen impuestos por el Texto constitucional. Por tanto, el legislador no puede ni suprimir la institución ni privarla de sus rasgos más esenciales. [...]” Sinopsis del art. 124 de la Constitución Española de 1978 realizada por: Enrique Arnaldo Alcubilla. Letrado de las Cortes Generales Esther González Hernández. Profesora Asociada. Universidad Rey Juan Carlos. Diciembre 2003. Actualizada por Sara Sieira. Letrada de las Cortes Generales. 2011 - Congreso de los Diputados - España. Disponível em: <[http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=124&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=124&tipo=2)>.

21 A imposição do caráter de instituição permanente ao Ministério Público pelo art. 127, caput, da Constituição Brasileira de 1988, resultou em “impedir a supressão da instituição pelo poder constituinte derivado e pelo legislador”. (SANTOS; MAURICI RJ, 2012, p. 717).

## 4 Autonomia e independência do Ministério Público: alguns modelos atuais e os modelos espanhol e brasileiro de Ministério Público

### 4.1 Alguns modelos de Ministério Público atuais: perspectivas de autonomia e independência

Grande parte dos estudiosos<sup>22</sup> que investigam o tema do Ministério Público no Direito comparado costuma dividir as respectivas análises, basicamente, em dois modelos de Ministério Público: (1) aproximados, dependentes ou submetidos a controle de um dos três clássicos poderes do Estado, em regra o Executivo; e (2) tendentes à independência, ou não submetidos a um controle estrito de um dos três poderes do Estado.

Nessa perspectiva de análise, observa-se que os modelos de Ministério Público atuais da França e da Alemanha encontram-se mais submetidos a uma relação de dependência com o Poder Executivo; enquanto os modelos da Itália e de Portugal apresentam-se em uma configuração tendente a uma garantia de atuação mais independente.

A *França*, que como visto serviu de parâmetro para a configuração do modelo atual típico de Ministério Público, contempla atualmente um modelo de instituição cuja principal característica é exatamente a dependência hierárquica, pois os integrantes da instituição estão diretamente submetidos à autoridade do ministro da Justiça. Sem embargo, o Ministério Público francês apresenta algumas características que realçam a importância da instituição, pois os respectivos membros são integrantes de uma magistratura especial (CAPPELLETTI; JOLOWICZ apud GARCIA, 2008, p. 12) – *magistrature du Parquet*; exercem funções de defesa do interesse público<sup>23</sup>, não incluída a defesa de

---

22 PAES, 2003, p. 57-219; PRADA, 1999, p. 168-184; MACHADO, 2007b, p. 81-94; MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 51-100.

23 “Dos son las características principales del Ministerio Público francés, que nos servirán para señalar la distancia con los jueces du siège: la dependencia jerárquica y la unidad (hiérarchie, indivisibilité). Se ha hablado del principio de independencia del Fiscal, que se manifestaría tanto ante los tribunales como ante las partes intervinientes en el proceso. Para la defensa de esa posición, la independencia ante los tribunales incluiría

interesses do Estado; detêm garantia relativa de inamovibilidade<sup>24</sup>; e possuem um poder de resistência às diretrizes de atuação<sup>25</sup>.

Na *Alemanha*, o modelo de Ministério Público também tem suas origens no modelo francês. Entretanto, a instituição configura-se como órgão autônomo em relação aos tribunais, ou Poder Judicial, seus membros têm tratamento semelhante aos demais servidores, e os respectivos chefes ostentam a condição de funcionários políticos (podendo ser substituídos livremente). Verifica-se, ademais, a vinculação institucional aos princípios da unidade e dependência hierárquica, tendo como condição a respectiva subordinação final ao ministro da Justiça<sup>26</sup>, portanto ao Executivo.

Em *Portugal*, a partir da Constituição de 1976, com a instauração de um Estado Democrático de Direito, inicia-se um processo de afastamento do modelo napoleônico de Ministério Público. Tal processo se complementa (1) com a Lei Orgânica de 1978 que criou o Conselho Superior do Ministério Público (órgão de gestão e disciplina), concretizando a autonomia da instituição diante do Executivo; *instituiu* a autonomia orgânica em relação à magistratura judicial e o princípio do paralelismo entre as carreiras; *adotou* a regra da inamovibilidade e *atenuou* o princípio da hierarquia<sup>27</sup>; e

---

la posibilidad con que cuenta el Fiscal francés de obrar libremente en el ejercicio de la acción pública, así como el hecho de que nadie puede censurarles en el ejercicio de su actividad. Desde el otro lado, las demás partes no pueden obligar al Fiscal a mantener la acusación al tiempo que, por la condición del Ministerio Público como parte en el proceso, no puede ser recusado, situación que sí es posible darse respecto al juez de siège, el órgano encargado de enjuiciar.” (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 57-58).

24 Apesar de poderem ser removidos ou mesmo separados do serviço por falta grave (art. 60 da lei de 20.4.1810 – publicada no Bulletin des lois IV B 282 n. 5351- Pas. B.1. 1810, 66).

25 “No que concerne às diretrizes, deve-se observar que os magistrados do Ministério Público dispõem do poder de resistência, podendo descumprir as orientações que afrontem a lei ou a sua consciência, o que também não autoriza a avocação de suas atribuições”. (GARCIA, 2008, p. 14).

26 Lei Orgânica dos Tribunais, de 9.5.1975, modificada pela Lei de 20.12.1984.

27 “prevendo o dever de escusar o cumprimento de ordens ilegais e o direito à objeção de consciência, consistente na faculdade de recusar ordens superiores sob o funda-

(2) com a revisão constitucional de 1992, por meio da qual foi abolida a possibilidade de o ministro da Justiça estabelecer diretrizes ao Ministério Público, ressalvadas as hipóteses de ações cíveis nas quais haja interesse patrimonial do Estado. Além disso, foi mantida a autonomia da instituição com a reforma constitucional de 1997<sup>28</sup>.

Sem embargo, o modelo de Ministério Público adotado em Portugal é portador de uma ambiguidade que consiste em acumular atribuições nem sempre compatíveis, mas que foram fixadas constitucionalmente. Uma, de exercer a ação penal pública, defender a legalidade democrática e os interesses determinados por lei. E outra, de representar o Estado, com a atribuição de realizar a defesa judicial dos interesses privados do Estado (advocacia do Estado). Desta última atividade, resulta a relativização do conceito de autonomia do Ministério Público.

O *Ministerio Público italiano* apresenta-se com uma das configurações mais originais dentro do contexto europeu, pois de sua inicial característica, associada ao modelo napoleônico de Ministério Público (1865)<sup>29</sup>, subordinado ao Ministro da Justiça e como órgão de representação do Executivo diante da autoridade judicial, evoluiu para conformar-se, desde a Constituição de 1947, como instituição inserida no âmbito do Poder Judiciário, com a qualificação de magistrados para os respectivos membros, dotados da mesma garantia de independência conferida aos juízes.

Entretanto, esse modelo de Ministério Público se vê envolvido em debates importantes relativos aos contornos do modelo adotado

---

mento de grave violação à consciência jurídica do magistrado subordinado.” (PAES, 2003, p. 146).

28 Cf. MACHADO, 2007b, p. 85.

29 “Italia ofrece un magnífico ejemplo de la expansión del modelo napoleónico de Ministerio Público. En el momento de alcanzar la unidad, el nuevo Reino de Italia se dotó de instituciones político-administrativas de inequívoca inspiración francesa. El Ministerio Público no constituyó excepción. [...] La opción fundamental fue, así, adoptada por el Real Decreto de 6 de diciembre de 1865, sobre la organización judicial. Su art. 129 disponía: El Ministerio Fiscal es el representante del Poder Ejecutivo ante la autoridad judicial y está colocado bajo la dirección del Ministro de Justicia”. (DÍEZ-PICAZO, 2000, p. 123).

desde a Constituição de 1947 e da reforma processual penal de 1988, nos pontos pertinentes à sua definição como magistratura e respectivo alcance, ao déficit na unidade de atuação em vista da inexistência de hierarquia, e aos problemas de legitimidade democrática e responsabilidade política da instituição, a fronteira entre direito e política no exercício da ação penal<sup>30</sup>. De tais debates, é certo que deverão resultar conclusões de interesse em âmbito global.

Para finalizar este tópico, cabe uma referência, no âmbito da União Europeia, à *Recomendação n. 2000/19*, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 6.10.2000, para que os governos dos estados membros fundamentem sua legislação e seus procedimentos em relação ao papel do Ministério Público no sistema de justiça penal. Em tal instrumento, são estabelecidas *pautas mínimas de convergência para o Ministério Público europeu*, buscando a garantia de uma atuação responsável e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis para os membros da instituição.

É relevante considerar que, apesar de se dirigir à harmonização da atuação na área processual penal, que expressa o elemento comum à maioria das instituições de Ministério Público existentes<sup>31</sup>, a referida Recomendação, implicitamente, assegura outras atribuições à instituição, como ocorre na Espanha, pertinentes à proteção do Estado Social e Democrático de Direito.

## 4.2 O Ministério Fiscal espanhol

Os antecedentes históricos da atual configuração do Ministério Fiscal espanhol<sup>32</sup> encontram uma breve e precisa síntese nas palavras de Amaral Machado (2007a, p. 199–201), ao salientar que

---

30 Cf. PRADA, 1999, p. 189–190.

31 Cf. Díez-PICAZO, 2000, p. 12–13.

32 Nomenclatura utilizada mais largamente para identificar o Ministério Público espanhol (Constituição Espanhola de 1978 – art. 124.1 El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés

el MF se constituía en un cuerpo regido por el principio de la unidad, jerárquicamente ordenado y dependiente del ministro de Justicia. [...] Posterior alteración del MF sucedió solamente con la aprobación de la Ley Orgánica Del Estado, de 1 de enero de 1967 [...]. El punto fundamental del nuevo texto, en lo que concierne al MF, es exactamente el continuismo en la forma de tratamiento históricamente reservado al MF. A excepción del corto período de la Constitución de 1931, la Ley Orgánica de 1967 reafirmó la subordinación y dependencia jerárquica con relación al Ejecutivo [...].

Com o advento da vigente Constituição espanhola (CE/1978), inovações relevantes se operam para o Ministério Fiscal espanhol, com a incorporação de aspectos de grande importância para compreensão da natureza jurídica da instituição, que podem ser sintetizados em seis pontos: (1) a inclusão da instituição no título referente ao Poder Judiciário; (2) a exclusão de previsão, contemplada nos projetos iniciais, da instituição como órgão de comunicação ou representação do Governo; (3) a fixação do dever de defender os direitos dos cidadãos e de velar pela independência dos tribunais como missão institucional; (4) a proclamação de submissão em todo caso aos princípios da legalidade e da imparcialidade; (5) o estabelecimento de parâmetros de modo de atuar (de ofício ou a petição de interessados) divorciados de submissão ou ordem do Governo; e (6) a elevação do nível de importância da chefia da instituição, com a sistemática estabelecida no art. 124.4 da CE/1978, do que resultaria ao *Fiscal General del Estado* a condição de órgão estatal e não parcial de um dos poderes deste mesmo Estado<sup>33</sup>.

Quanto à *natureza jurídica* do Ministério Fiscal espanhol, superadas as ideias tendentes a enquadrá-lo como um quarto poder, representante do governo, integrante do legislativo ou do judiciário, a

---

social. 124.2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 124.3 La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 124.4 El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial).

33 Cf. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 37-38.

concepção da instituição como órgão do Estado com autonomia funcional é a que encontra maior respaldo na doutrina espanhola.

A propósito, com fundamento na premissa de que o Ministério Público é um órgão de justiça em sentido objetivo, pode-se afirmar que essa ideia do Ministério Público espanhol como órgão de Estado com autonomia funcional tem por base o fato de que não se encontra incorporado a nenhum dos três poderes clássicos e se configura como uma instituição constitucional coadjuvante do funcionamento de cada um deles. Entretanto, sustenta a doutrina espanhola que a concepção do Ministério Público como um órgão entre os poderes, que teve grande êxito na doutrina italiana<sup>34</sup>, não está isenta de críticas e deve ser complementada com a ideia de autonomia funcional<sup>35</sup> e não de independência<sup>36</sup>.

O regramento positivado na Espanha relativamente ao *Ministerio Fiscal* contempla, em primeiro lugar, a *missão*, as *funções* e as *finalidades da instituição*. Assim, o art. 124 da CE/1978, em seu apartado 1, estabelece, sem prejuízo da competência de outros órgãos, as funções e/ou missões do Ministério Público espanhol: promover a ação da Justiça em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado por lei e velar pela independência dos tribunais, diante dos quais deve buscar a satisfação do interesse social. Para o exercício de tais funções, o Ministério Fiscal poderá agir de ofício ou em decorrência de petição dos interessados. Observe-se que o art. 1º do Estatuto Orgânico do Ministério Fiscal – EOMF<sup>37</sup> também tratou da missão do Ministério Fiscal.

---

34 Cf. FERNANDES SEGADO, 1992, p. 808.

35 A doutrina de López Aguilar define a autonomia funcional como “la categorización de ese haz de facultades y de potestades típicas de todo órgano estatal del que sus titulares disponen para el acometimiento de funciones que el ordenamiento público les atribuye de forma distintiva y específica, y para cuyo ejercicio no necesitan, por tanto, de un mandato singular, determinado y concreto, respecto a cada ocasión en que les compete actuar”. (LÓPEZ AGUILAR, 1996, p. 181).

36 Cf. MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 162-165.

37 Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

Dessa forma, a atuação do Ministério Fiscal efetiva-se com a busca, no campo processual – ao contrário do *Defensor del Pueblo* que atua no âmbito externo a esse campo –, do restabelecimento da legalidade em concreto, e não de maneira abstrata ou difusa, sujeitando-se às *finalidades de defesa do interesse público e promoção do interesse social*. Nesse contexto, vale mencionar, também, as *duas outras funções genéricas* do Ministério Fiscal: a *defesa dos direitos dos cidadãos* e a *salvaguarda da independência dos tribunais*.

Importante destacar que é sob o enfoque geral da *missão* do Ministério Fiscal, de *promoção da justiça em defesa da legalidade*, que podem ser compreendidas as funções genéricas e as finalidades acima referidas. Além disso, essas *finalidades de defesa do interesse público e promoção do interesse social diante dos tribunais*, além de delimitarem a *missão de promoção da justiça em defesa da legalidade*, fixam o âmbito de legitimação do Ministério Fiscal, no contexto da função de manutenção e defesa da ordem jurídica.

Apesar da complexidade dos debates que envolvem a análise do significado dos termos empregados na CE/1978 quanto à *missão*, às *funções* e às *finalidades* do Ministério Fiscal, inclusive quanto à omissão em deferir à instituição a legitimação para interposição de recurso de inconstitucionalidade, para as finalidades deste estudo basta considerar que as novidades operadas expressaram uma acentuação do papel da instituição do Ministério Público espanhol na Defesa do Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, ao Ministério Fiscal incumbe, além da proteção dos direitos fundamentais e liberdades públicas (artigos 3.3 e 3.12 do EOMF c/c artigos 53.2, 124.1 e 162.1.b da CE/1978), o dever de buscar a satisfação do interesse social. Essa menção ao interesse social é contemplada como mandamento de defesa dos princípios que regem a política social e econômica do Estado espanhol, constantes do Capítulo III do Título I da CE/1978, conforme reconhece a doutrina<sup>38</sup>.

---

38 “[...]. La doctrina en general, ha visto en la mención al interés social un mandato de defensa de ‘los principios rectores de la política social y económica’ que componen el Capítulo III del Título I de la Constitución, como preceptos destinados a reme-

Ressalte-se que tais princípios reitores, constantes da CE/1978, apesar de contemplarem valores consagrados internacionalmente como direitos humanos (por exemplo: direito à proteção da família, ao pleno emprego, à seguridade social, direitos econômicos e sociais, de proteção à saúde, direito à cultura, ao meio ambiente adequado, entre vários outros), não detêm a condição, na Espanha, de direitos fundamentais e não gozam, portanto, de um âmbito de proteção mais amplo. Sem embargo, incumbe ao Ministério Público espanhol a defesa de tais importantes direitos humanos.

São quatro os *princípios constitucionais* que regem a atuação do Ministério Fiscal espanhol – legalidade, imparcialidade, unidade e dependência (CE/1978 – art. 124.2) – e que só podem ser compreendidos adequadamente mediante uma leitura contextual (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 182) do dispositivo constitucional, por meio do qual se extrai a verdadeira configuração constitucional da instituição.

Assim, enquanto os *princípios da legalidade e da imparcialidade* sujeitam a atuação do Ministério Fiscal – MF, estabelecendo os respectivos contornos e limites e consubstanciando-se, portanto, nos chamados princípios funcionais, os *princípios da unidade e da dependência hierárquica*, classificados como princípios orgânicos, “podem considerar-se de índole interna, propriamente estrutural e operativa” (PAES, 2003, p. 96).

Sem embargo, é importante considerar que a utilização da expressão *em todo caso* no art. 124.2 da CE/1978 indica um maior grau de importância à *legalidade* e à *imparcialidade*, conferindo valor relativo à *dependência hierárquica* e à *unidade*. Ademais, a compreensão de tais princípios não prescinde, muitas vezes, da utilização da técnica de interpretação constitucional harmonizadora de princípios.

Há duas considerações necessárias a propósito. Primeiro, que a *legalidade*, que em relação ao MF tem dupla acepção – objeto de defesa e princípio reitor da atuação institucional –, não prescinde de uma compreensão à luz do constitucionalismo contem-

---

diar las deficiencias estatales y que recogen la protección de la familia, la distribución de la renta personal y regional más equitativa, los derechos de protección de la salud, de acceso a la cultura, del disfrute de un medio ambiente adecuado para la persona, etc”. (Martínez Dalmau, 1999, p. 178).

porâneo, em face da evolução experimentada na acepção da lei. E, segundo, que a *imparcialidade* complementa o sentido da *legalidade* ao exigir a sujeição da instituição, em suas incumbências, a parâmetros de plena *objetividade* e *independência* em defesa dos interesses que lhe estão encomendados, conforme consta do EOMF (art. 7<sup>o</sup>). Entretanto, a doutrina espanhola<sup>39</sup> costuma negar a identificação da independência a que se refere o art. 7<sup>o</sup> do EOMF, qualificadora da imparcialidade ao lado da objetividade, com a independência que o art. 117.1<sup>40</sup> da CE/1978 defere a juízes e magistrados.

Com relação aos chamados *princípios orgânicos (unidade de atuação e dependência hierárquica)*, de natureza instrumental e que conformam a atuação do Ministério Fiscal, importa ressaltar que encontram a devida regulamentação no EOMF. Além disso, deve-se destacar que o Ministério Fiscal espanhol adota uma estrutura piramidal, em cujo vértice situa-se um órgão unipessoal, o *Fiscal General del Estado*, sobre o qual recaem as máximas funções de direção da instituição.

Com base em tais considerações, observa-se que o *princípio orgânico da unidade de atuação* expressa pelo menos três manifestações diversas do princípio da unidade: a unidade orgânica, a unidade territorial e a unidade de atuação<sup>41</sup>. Com efeito, as duas primeiras permitem singularizar a instituição, diferenciando-a do aparato administrativo do Executivo, por constituí-lo em um órgão dotado de indivisibilidade e fungibilidade, organizado segundo critérios de racionalização na distribuição do trabalho. Além disso, a unidade orgânica constitui um pressuposto imprescindível para garantir a atuação homogênea

---

39 “[...] el concepto de imparcialidad implica el de interés de una persona de un asunto en el que debe decidir o influir de uno u otro modo. [...] Así, se entiende que el Juez sea imparcial e independiente [...]. Mientras el fiscal es imparcial pero dependiente”. (SANCHIS CRESPO, 1995, p. 8657-8658). “[...] el Ministerio Fiscal se rige por el principio de jerarquía, y la jerarquía, que implica subordinación, es cabalmente lo contrario a la independencia”. (GARCÍA MORILLO, 1996, p. 148).

40 “Artículo 117.1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. [grifo nosso]

41 Cf. PRADA, 1999, p. 690.

e coordenada de todos os membros da instituição. Dessa forma, o fundamento jurídico-político desse princípio costuma ser identificado pela doutrina<sup>42</sup> estabelecendo-se uma vinculação teórica entre a segurança jurídica e a unidade de atuação.

Por sua vez, o *princípio da dependência hierárquica* apresenta-se como “un requisito de la unidad de actuación y de las funciones de defensa de la legalidad y del interés público” (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 183) , expressando “una consecuencia inmediata derivada del principio de unidad de actuación” (PRADA, 1999, p. 699). Trata-se, pois, de um princípio instrumental, cuja finalidade estaria em assegurar que o funcionamento da instituição esteja permeado pela unidade de critérios.

A efetividade do *princípio da dependência hierárquica* decorre da possibilidade de responsabilização disciplinar dos membros do Ministério Público espanhol, conforme regramento fixado no EOMF (art. 60 e seguintes), que descreve diversas condutas que poderão ser qualificadas como infrações muito graves, graves ou leves. Sem embargo, esse conjunto de regras não significa um poder de mando ilimitado. Na verdade, poder-se-ia falar até mesmo em hierárquica imprópria, na medida em que existem limites derivados, principalmente, da própria natureza e finalidade das funções incumbidas ao Ministério Fiscal espanhol.

Nada obstante o fato de que o tema envolve vários aspectos, alguns dos quais serão abordados à frente, basta aqui considerar que o âmbito interno do *princípio da dependência hierárquica* encontra, na ruptura com a dependência do Ministério Fiscal ao Executivo, o seu limite mais significativo. Isso, na medida em que se opera a nova configuração da instituição ministerial, que, no contexto do Estado contemporâneo, passa a ocupar uma posição de autonomia funcional e institucional.

---

42 E.g.: “La unidad nace del imperativo de coherencia en una actuación institucional necesariamente individualizada. Esta, por necesidades pragmáticas, más que jurídicas, no puede ser fragmentada abandonándola al talante de los singulares componentes del órgano, lo que en las Fiscalías numerosas crearía una variabilidad incompatible con la más elemental eficiencia, buen sentido y, sobre todo, con la seguridad jurídica”. (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 1999, p. 81).

### 4.3 O Ministério Público brasileiro

A história do Ministério Público brasileiro costuma ser apresentada<sup>43</sup> dividindo-se tal análise no contexto dos seguintes períodos: Pré-Colonial, Colonial, Império, e República. Assim, enquanto não se pode falar em Ministério Público no primeiro período, nos outros dois seguintes, o ofício era centralizado na figura do procurador-geral, caracterizando-se os promotores de justiça, com franca influência do modelo francês de ministério público, como meros agentes do Poder Executivo, “não se podendo falar em instituição do Ministério Público nem em independência ou garantia dos promotores públicos”. (MAZZILLI, 2012, p. 39).

No *Período da República* – proclamada no Rio de Janeiro, em 15.11.1889 –, com as constituições<sup>44</sup> e leis que se sucederam, é que se evoluciona e se consolida o Ministério Público brasileiro dos dias atuais.

A *Constituição brasileira de 1988*, promulgada em 5.10.1988, expressa um marco jurídico da transição democrática e um instrumento de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, demarcando a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964. Além disso, tal carta política adequa-se aos parâmetros do constitucionalismo contemporâneo, conferindo força expansiva à dignidade humana e aos direitos fundamentais, concebidos como

---

43 Informações que têm como fontes: CNMP, MPU, artigo Ministério Público: aspectos históricos, de Victor Roberto Corrêa de Souza, que se encontram disponíveis no site: <[http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=128&Itemid=223](http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=128&Itemid=223)>, consulta realizada em 8 set. 2012.

44 Verificamos, então, uma evolução, desde a Constituição de 1891, primeira após a proclamação da República, passando pelas Constituições de 1934 (que expressamente se refere ao Ministério Público); de 1937 (fruto de um golpe de Estado que implantou no Brasil o primeiro regime ditatorial, que iria estender-se até 1945), que expressou um retrocesso na regulação da instituição; de 1946 (marca a entrada do País no processo de redemocratização derrubada que fora a ditadura), e caracteriza-se por conferir ao Ministério Público uma regulação mais ampla; de 1967 e EC n. 1/1969 (que praticamente substituiu o texto anterior e se constituiu em uma nova Constituição), que entraram em vigor no contexto da volta de um regime ditatorial, apesar de que se tenha verificado um processo expansivo das funções do Ministério Público brasileiro até a entrada em vigor da Constituição de 1988, hoje vigente.

*parâmetros axiológicos* orientadores da compreensão do *fenômeno constitucional*, conforme defende a doutrina<sup>45</sup>.

O Ministério Público brasileiro, a partir da CF/1988, passou a situar-se no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito (STRECK, 2010, p. 184), pois, recebendo uma condição praticamente análoga à de um dos poderes do Estado, foi dotado de funções e meios para converter-se em agente qualificado na busca da efetividade da pauta de valores constitucionalizados tendentes à concretização dos princípios fundamentais, embasados, entre outros valores, na cidadania e na dignidade da pessoa humana<sup>46</sup> e tendo como objetivo central a redução das desigualdades materiais<sup>47</sup>.

45 E.g.: “A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem de direitos. [...] Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. [...]. Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação”. (CITTADINO, 2000, p. 12-19). “O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional”. (PIOVESAN, 1997, p. 315). “Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição [...] constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo geral”. (SILVA, 2002, p. 89).

46 CFB/1988 – Dos Princípios Fundamentais – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...].

47 CFB/1988 – Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desen-

Com efeito, em seu art. 127, a CF/1988 apresentou a seguinte *conceituação*: “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.” No parágrafo 1º do art. 127 da CF/1988, foram fixados como *princípios institucionais*: a unidade, a indivisibilidade e a *independência funcional*, que se consubstanciam nos princípios reitores da atuação do Ministério Público. No parágrafo 2º foi conferida à instituição a autonomia funcional e administrativa<sup>48</sup>, além de se contemplar o regime de cargos, inclusive ingresso por concurso público. Mais outros quatro parágrafos (§§ 3º a 6º) complementam o dispositivo, tratando de questões orçamentárias e das respectivas condições para garantia da autonomia financeira da instituição.

Essa cláusula constitucional corporifica a premissa fundamental que serve de parâmetro para a definição da instituição do *Ministério Público brasileiro*, vinculando as conclusões sobre a sua natureza jurídica, seu posicionamento no âmbito da estrutura estatal, sua identidade institucional, sua estrutura orgânica, suas funções, garantias e vedações e seus princípios reitores.

Sem embargo, cabe destacar que a propalada *independência* conferida ao Ministério Público brasileiro expressa a conjugação, com base na conceituação constitucional e nas finalidades conferidas à instituição, do conjunto de princípios reitores, garantias e vedações que terminam por configurar um órgão, como já salientou (RTJ n. 147/129-30) o então ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, “cercado do contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica

---

volvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

48 Em razão de tal autonomia, pode o Ministério Público, por seu chefe e observadas as regras orçamentárias (art. 169 da CFB/1988), apresentar proposta ao Legislativo da criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a serem providos por concurso público, além da política remuneratória e dos planos de carreira.

democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania”. (MORAES, 2011, p. 627).

O primeiro dos princípios reitores referidos na CF/1988, o *princípio da unidade*, que expressa uma ideia de coesão do Ministério Público brasileiro, quer significar que a instituição, nessa sua unicidade, encontra-se integrada por seus membros em um só órgão, sob a chefia do procurador-geral. Assim, apesar de existirem diferentes ministérios públicos (uns vinculados à União e os outros a cada um dos Estados Federados), não se podendo conceber uma unidade orgânica de toda a instituição, é certo que, respeitada a autonomia de cada um, seria possível falar em pontos de contato, extraídos do princípio da unidade. Tais pontos permitem que, em dadas circunstâncias, a atuação de um possa ser aproveitada ou exercida pelo outro, conforme já entendeu o Supremo Tribunal Federal<sup>49</sup>. Essa lógica expressa a concepção do Ministério Público como instituição nacional.

O *princípio da indivisibilidade*, que é identificado como um corolário do princípio da unidade, buscando a respectiva concretização, permite a substituição recíproca entre os membros da instituição em sua atuação processual dentro da mesma função “não de uma maneira arbitrária, senão nos casos legalmente previstos (promoção, remoção, aposentadoria, morte etc.), sem que isso constitua qualquer alteração processual”. (PAES, 2003, p. 184).

---

49 “[...] 2. O Ministério Público nacional é uno [art. 128, I e II, da Constituição do Brasil], compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, § 3º da Constituição e 78 e 79 da LC n. 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal. [...] A propósito, a observação de José Afonso da Silva: “a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados. Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava na Exposição de Motivos da comissão elaboradora dos estudos e do anteprojeto de que resultou a LC n. 40/1981, segundo a qual o Ministério Público é, em seus delineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios”. [SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo, ed. Malheiros, 5. ed., 2007, p. 595]” (MS n. 26690, EROS GRAU). [grifo nosso]

Manifestando-se no plano da atuação típica da atividade finalística dos membros do Ministério Público, o *princípio da independência funcional* expressa a repulsa à hierarquia. Isso porque afasta a possibilidade de subordinação de cada membro do Ministério Público, quando no exercício de suas atividades finalísticas, em relação a outros membros ou órgãos da mesma carreira, inclusive do próprio chefe da instituição.

Tem por finalidade, tal princípio, garantir que se possa atuar livremente, realizando as opções adequadas diante de cada situação concreta com a qual se defronte o membro do MP, ao exercer suas atribuições típicas, em atenção somente à lei e às respectivas interpretações que julgue mais apropriadas para a condução de suas opções. A *independência funcional*, assim, esboça uma proteção contra, por exemplo, poderosas forças econômicas e/ou políticas que tentem desviá-lo do âmbito da legalidade para a satisfação de ilegítimos interesses pessoais, políticos, financeiros etc.

Como decorrência da *independência funcional*, a doutrina fala do princípio do promotor natural, que rechaça as designações casuísticas e arbitrárias, não se admitindo o chamado promotor de exceção (MAZZILLI, 2012, p. 75). Tal entendimento ainda não alcançou, no âmbito jurisprudencial, uma certeza pacificada de sua existência autônoma, nada obstante existam decisões recentes do Supremo Tribunal Federal<sup>50</sup> que afirmam a sua existência.

Por fim, a *autonomia* do Ministério Público, assegurada na CF/1988, deve ser entendida em um tríplice aspecto: *autonomia funcional*, *administrativa* (art. 127, § 2º) e *financeira* (art. 127, §§ 3º a 6º). É esse o entendimento consolidado no STF, pelo qual se afirmou que a

alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária – mostra-se tão expressiva,

---

50 E.g.: HC n. 102.147, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16.12.2010, DJe de 3.2.2011.

que essa instituição, [...] dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo<sup>51</sup>.

#### 4.4 Reflexões sobre o antagonismo dos princípios da dependência hierárquica (Ministério Fiscal espanhol) e independência funcional (Ministério Público brasileiro)

O Ministério Fiscal espanhol e o Ministério Público brasileiro, contemplados nas constituições vigentes na Espanha (1978) e no Brasil (1988), integram modelos bastante semelhantes, forjados que foram no contexto do movimento do constitucionalismo que sucedeu à II Guerra Mundial e que passou a ser denominado por muitos estudiosos do Direito Constitucional contemporâneo como *neoconstitucionalismo*.

Nesse contexto, o Ministério Público, tanto o espanhol quanto o brasileiro, passou a ser concebido como uma instituição essencial para a preservação do Estado Social e Democrático de Direito, em decorrência da evolução, ao longo da história, de uma posição de dependência e submissão absoluta ao Poder Executivo para outra, se não totalmente independente, sem dúvida dotada de um elevado grau de autonomia, que lhe garante, na condição de órgão constitucional, um patamar de atuação submetido somente à Constituição e às leis.

Com efeito, a CE/1978 e a CF/1988 adotam a mesma técnica, vinculando o exercício das funções institucionais que explicitam a princípios que devem nortear tal atividade. Em comum, além da semelhança das funções deferidas constitucionalmente ao Ministério Fiscal espanhol e ao Ministério Público brasileiro, verificamos que, entre os princípios que ambas contemplam, encontram-se o da unidade de atuação, o da proteção da ordem jurídica ou da legalidade, e o da proteção dos cidadãos ou dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Além disso, a proteção do interesse público e do regime democrático é função que, se não se encontra explicitada como incumbência do Ministério Público nos dispositivos acima transcri-

---

51 ADI 2.513-MC. rel. min. Celso Mello, julgamento em 3.4.2002, Plenário, DJe de 15.3.2011.

tos, sem dúvida pode ser atribuída à instituição como decorrente do sistema constitucional adotado na Espanha e no Brasil.

A situação que gera perplexidade, entretanto, é que enquanto a Constituição da Espanha adotou a *dependência hierárquica*, a opção do legislador constituinte no Brasil foi pela adoção da *independência funcional*, como princípios que devem nortear o exercício das funções constitucionalmente deferidas ao Ministério Público de cada qual.

Na verdade, o pensamento majoritário da doutrina espanhola é favorável à adoção e manutenção, na CE/1978, do princípio da dependência hierárquica. Da mesma forma, no Brasil, a doutrina, e mesmo a jurisprudência, apresentam-se de acordo com o princípio da independência funcional do Ministério Público brasileiro, adotado na CF/1988. De fato, o tema é defendido até mesmo de maneira enfática na Espanha e no Brasil, com a exposição das vantagens da continuidade do sistema, que é apontado como elemento essencial para o bom funcionamento do Ministério Público de cada um dos dois países, pois, segundo se alega, a instituição estaria sujeita a vários prejuízos e riscos com a adoção de um modelo contrário.

De qualquer forma, tanto na Espanha quanto no Brasil, é patente o reconhecimento da natureza instrumental desses princípios, com a constatação de que não contemplam natureza absoluta. Vale dizer, tanto o *princípio orgânico da dependência hierárquica* quanto o *princípio institucional da independência funcional* devem ceder, tanto quanto possível, em vista da incidência simultânea de outros princípios. Isso sempre que esses outros princípios sejam necessários para que o Ministério Público, em face da sua natureza de órgão constitucional de equilíbrio entre os poderes, possa alcançar a realização de suas incumbências de guardião da ordem jurídica ou da legalidade, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis ou dos direitos dos cidadãos e do interesse público.

Assim, uma análise comparativa da diferença pontual entre o MF espanhol e o MP brasileiro quanto à questão da (in)dependência não prescinde da constatação de que o significado das expressões *autonomia*, *independência*, *hierarquia*, e mesmo *soberania*, está vin-

culado à ideia de atuação mais ou menos livre, nada obstante o fato de serem expressões polissêmicas, especialmente no âmbito especificamente jurídico. Assim, o grau de liberdade de atuação, em escala descendente, vai da soberania, no topo, passando pela autonomia, que, apesar das semelhanças, apresenta maior intensidade de liberdade do que independência<sup>52</sup>, chegando-se à hierarquia como manifestação de liberdade mínima.

Os princípios da independência e da autonomia, tendo ambos uma amplitude reduzida com relação ao da soberania, partilham dos mesmos atributos externos, garantindo aos órgãos dotados daqueles princípios um agir vinculado apenas aos critérios de legalidade e objetividade, embora, internamente, a diferença entre eles resida na intensidade aplicativa da hierarquia<sup>53</sup>.

Entretanto, é certo afirmar que, mesmo em uma situação de hierarquia de baixa intensidade<sup>54</sup>, como ocorre no Brasil, não se garante uma atuação individual do membro do Ministério Público isenta de controle ou baseada numa atuação não coordenada com outros princípios. Por outro lado, apesar de se qualificar como uma situação de hierarquia obviamente de maior intensidade<sup>55</sup>, à dependência

---

52 “A semelhança, no entanto, não avança até a identidade. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Nessa linha, enquanto a autonomia também abarcaria a prerrogativa de estabelecer as próprias normas a serem seguidas, a independência se limitaria aos atos de execução abrangidos pela esfera de atuação funcional do órgão ou agente. Haveria, assim, uma relação de *plus e minus*”. (GARCIA, 2010, p. 64-65).

53 Cf. FERNANDES FILHO, 2002, p. 94.

54 “Portanto, o princípio da independência funcional significa que os membros do Ministério Público no exercício de suas funções atuam de modo independente, sem nenhum vínculo de subordinação hierárquica, inclusive em relação à chefia da instituição, guiando sua conduta somente pela lei e suas próprias convicções. Assim, [...] somente no plano administrativo se pode reconhecer subordinação hierárquica do membro do Ministério Público em relação à chefia ou órgão de direção superior da instituição: [...]”. (PAES, 2003, p. 275).

55 “El texto constitucional, en el art. 124.2, señala cuatro principios, pilares del ejercicio de las funciones que tiene conferidas el Ministerio Público. Estos son: unidad

hierárquica do Ministério Fiscal espanhol também se aplica a mesma conclusão, pois o alcance do respectivo significado não prescinde da compreensão coordenada com outros princípios constitucionais que garantam o pleno exercício das funções típicas do Ministério Fiscal.

Observa-se, então, no Direito espanhol, a existência de limites ao *princípio da dependência hierárquica*, principalmente derivados do fato de que a CE/1978 (art. 124.2) determina que a incidência de tal princípio deve ceder à legalidade e à imparcialidade. De fato, tal substrato normativo constitucional dá vazão ao entendimento, consolidado na legislação infraconstitucional, de estabelecimento de limites ao princípio da dependência hierárquica, que podem ser resumidos em três hipóteses: (1) uma derivada da supremacia do princípio da legalidade; (2) outra imposta pelo caráter orgânico do princípio; e (3) uma última, estabelecida no EOMF (art. 25 § 4º), que concretiza o chamado poder de resistência em relação às ordens escritas quando o membro do Ministério Fiscal venha a manifestar-se oralmente, ocasião em que poderá atuar livremente, em conformidade com a orientação que entender mais adequada ao bem da Justiça<sup>56</sup>.

No Brasil, também se reconhece que o *princípio da independência funcional* encontra limites no ordenamento positivo brasileiro, na medida em que contempla natureza instrumental, não podendo justificar atuações arbitrárias ou indolentes dos membros do Ministério Público<sup>57</sup>.

## 5 Conclusões

A efetiva compreensão da natureza e do alcance dos princípios constitucionais reitores da atuação do Ministério Público, adotados

---

de actuación, dependencia jerárquica, legalidad y imparcialidad. No se trata de principios aislados, pues sólo su interpretación conjunta, con las funciones del art. 124.1, pueden iluminar acerca de la verdadera configuración del Ministerio Fiscal". (MARTÍNEZ DALMAU, 1999, p. 182).

<sup>56</sup> Cf. MARCHENA GOMEZ, 1992, p. 164.

<sup>57</sup> Cf. GARCIA, 2010, p. 82.

de forma antagônica nas Constituições da Espanha (CE/1978 – *dependência hierárquica*) e do Brasil (CF/1988 – *independência funcional*), não prescinde da constatação de que, em ambos os contextos, tais princípios contemplam natureza instrumental. Vale dizer, tais princípios só existem, foram adotados e se mantêm em vigor para que o Ministério Público possa desempenhar o seu papel de instituição essencial para o funcionamento do Estado Social e Democrático de Direito.

Como visto neste artigo, a instituição do Ministério Público evoluiu de forma simultânea com o Estado de Direito, resultando em consolidar-se como órgão de proteção dos valores e objetivos adotados no âmbito das constituições surgidas do período que sucedeu à II Guerra Mundial, destinados à concretização do Estado Social e Democrático de Direito. Com outras palavras, verificou-se, ao longo da história, uma sintonia com a relação entre a evolução e a consolidação de direitos humanos e fundamentais e a configuração do Ministério Público como instituição legitimada para a proteção de tais direitos em países de índole democrática.

Em tal contexto, o Ministério Público passou a ser concebido, com razoável intensidade na Espanha e no Brasil, como uma instituição dotada de um amplo leque de funções e atribuições necessárias para a preservação de tal modelo de Estado, que incorpora os direitos fundamentais em sua dimensão axiológica e com a dupla função, subjetiva e objetiva.

É bem verdade, conforme se analisa neste estudo, que há grandes dificuldades para a construção conceitual de um modelo global de Ministério Público, sendo certo que a única característica que parece ser comum a todos os modelos que assim se identificam é o exercício do *ius puniendi* do Estado. Tal constatação, sem embargo, não autoriza uma apressada e equivocada conclusão no sentido de se entender que essa atuação na área criminal estaria em confronto com a função de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Na verdade, parece ser comum aos países que adotam o modelo de Estado Social e Democrático de Direito – e revela-se como uma tendência importante da sua evolução, no sentido de expansão

dos respectivos valores, inclusive em âmbito transnacional diante do fenômeno da globalização e do surgimento de grandes blocos políticos e econômicos – a noção de que nesse *poder de acusar* do Ministério Público está contida, também, a função de proteção de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, a instituição do Ministério Público passou a assumir a importante função, além do tradicional exercício do *ius puniedi* estatal, de garantidor da efetividade, em sentido amplo e sempre que presente o interesse público, dos direitos fundamentais, os quais constituem fundamento básico do Estado Democrático de Direito, conforme adotado na Espanha<sup>58</sup> e no Brasil<sup>59</sup>.

Como exemplo de assunção de tal papel, pode-se fazer referência, na Espanha, à previsão do art. 124.1 da CE/1978, que confere ao Ministério Fiscal as incumbências de defesa da legalidade, dos direitos do cidadão e do interesse público, que o Tribunal Constitucional espanhol já entendeu vinculado à tutela dos direitos fundamentais<sup>60</sup>.

---

58 CE/1978: “Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. [...] Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

59 CF/1988: “Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político”.

60 A propósito, diz Herrero-Tejedor, referindo-se à STC (Sentença do Tribunal Constitucional espanhol) n. 65/1983, de 21 de julho, relator Gómez-Ferrer, FJ. 4º, o seguinte: “Ahora bien, en el proceso de revisión judicial de tales actos administrativos, patentemente el Ministerio Fiscal no actúa como defensor de la administración, sino como defensor que es del interés público. Por ello, el Tribunal Constitucional no ha dejado de resaltar ‘el destacado interés público que concurre en la tutela de

No Brasil, cabe referir a uma decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>61</sup>, parâmetro de defesa da legitimidade social do Ministério Público brasileiro contemporâneo, com a CF/1988, para adoção de medidas tendentes à proteção da “implementação judicial dos direitos fundamentais e das políticas públicas.” (CAMBI, 2011, p. 490).

Pois bem, essa condição do Ministério Público atual, que se consolida como órgão singular na estrutura dos poderes do Estado, onde ocupa uma posição de equilíbrio, e que, nesse contexto, contempla um conjunto de funções essenciais para a manutenção e a garantia do Estado de Direito, expressa uma verdadeira garantia institucional e reclama compreensão à luz de instrumentos do chamado neoconstitucionalismo.

Nesse amplo cenário, o que aqui se defende é que o antagonismo que qualifica os dois princípios constitucionais que regem o Ministério Fiscal espanhol (*dependência hierárquica*) e o Ministério Público brasileiro (*independência funcional*), visto à luz da evolução da instituição do Ministério Público e da respectiva recepção na Espanha e no Brasil no contexto do constitucionalismo contemporâneo, não se mostra suficientemente forte para abalar as estruturas do modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Além disso, as razões e as repercussões atuais, práticas e teóricas, da adoção e manutenção de tais modelos constitucionais de Ministérios Públicos, nominalmente antagonísticos em relação aos princípios que instrumentalizam a respectiva atividade típica, embora aparentem colocar Espanha e Brasil em polos opostos, na verdade podem encontrar alguns sinais de aproximação, no contexto de instrumentos do neoconstitucionalismo.

---

los derechos fundamentales’ (STC n. 65/1983). Y es precisamente en ese extremo donde tales derechos confluyen con la intervención del Ministerio Fiscal. Si el art. 124.1 CE le confiere ‘la defensa del interés público tutelado por la ley’, se entiende por qué el Tribunal Constitucional (en la STC antes citada) concluye que ‘este mismo interés público explica por qué el Ministerio Fiscal es parte en el proceso de amparo, en atención a las funciones que el atribuye el art. 124 de la Constitución’.

(HERRERO-TEJEDOR ALGAR, 2006, p. 59).

61 STJ: REsp n. 493.811-SP, 2ª T., j. 11.11.2003, rel. min. Eliana Calmon, DJU 15.3.2004, p. 236.

De fato, tais princípios devem ser compreendidos em vista da circunstância de que se encontram submetidos a um jogo conser-tado de princípios no âmbito interno dos sistemas constitucionais da Espanha e do Brasil. Dessa constatação, resulta possível extrair, com base em um singelo confronto, uma melhor compreensão das reais divergências e aproximações desse aparente antagonismo. Digo aparente porque, nominalmente, esse antagonismo parece se expressar de maneira mais intensa do que supõe a compreensão contextual de sua eficácia no âmbito do Direito Constitucional contemporâneo.

Vale dizer, a *dependência hierárquica* e a *independência funcional* somente encontram o efetivo significado em cada situação concreta em que tal exigência se faça presente, com base em uma hermenêutica constitucional harmonizadora de princípios.

Com efeito, os métodos e os conceitos do *neoconstitucionalismo*, particularmente a *hermenêutica constitucional* e o método da *ponderação*, devem ser aplicados não apenas no âmbito do processo decisório jurisdicional mas também administrativo e legislativo, quando em causa um eventual confronto entre cumprimento da missão do Ministério Público e a incidência dos respectivos princípios instrumentais (*dependência hierárquica* na Espanha e *independência funcional* no Brasil).

Dessa forma, e constatando as evidentes semelhanças – expostas neste artigo – dos modelos de Ministério Público adotados na Espanha e no Brasil, é possível afirmar que os princípios da *dependência hierárquica* e da *independência funcional*, apesar de expressarem opções legítimas do legislador constituinte espanhol e brasileiro, não podem ser interpretados, sem prejuízo da integridade do Estado Social e Democrático de Direito, mediante uma leitura que não assegure um razoável e satisfatório grau de garantias à instituição do Ministério Público, necessárias para o exercício de suas funções com responsabilidade e livre de pressões ou instrumentos de controle não razoáveis<sup>62</sup>.

---

62 Recomendação 2000/19, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em 6 de outubro.

## Referências

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Tradução do alemão: David García Pazos e Alberto Oehling de los Reyes. Madrid: Trotta, 2010.

BARRERO ORTEGA, Abraham. Matrimonio y res pública constitucional. *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura. Madrid. Cortes Generales, v. 2, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel – p. 63–84. Rio de Janeiro: Jorge Sahar Editor, 1999.

BOURSAULT, Leopoldo Torres. La división de poderes en la España de hoy. *Revista Sistema*, Madrid, n. 117, nov. 1993.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: \_\_\_\_\_; JARAMILLO, Leonardo García (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva – elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COELHO, Inocência Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cândido. *El Ministerio Fiscal*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar – Ministerio Fiscal y constitucionalismo*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 2000.

FERNANDES FILHO, Rogério Rodrigues. A independência funcional e o princípio da unidade. *Boletim Científico ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 1, n. 5, p. 89-105 – out./dez. 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados. In: BERGALLI, Roberto; RESTA, Eligio. *Soberanía: un principio que se derrumba*. Barcelona: Paidós, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos – la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Ministério Público: essência e limites da independência funcional. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La democracia en España*. Madrid: Alianza, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, n. 14, p. 153-176, 2º semestre 2004.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR. Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales em materia sancionadora. In: *El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*. Prologo de Juan Cesáreo Ortiz Úrculo. Navarra: Aranzadi. 2006.

JÁUREGUI, Gurutz. Emergencia de um nuevo orden jurídico-institucional: el Estado y la Constitución de la era de la globalización. In: INNERARITY, Daniel; SOLANA, Javier. *La humanidad amenazada: gobernar los riesgos globales*. Madrid: Paidós, 2011.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernandes. *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996.

MACHADO, Bruno Amaral. *Fiscalías: su papel social y jurídico-político – una investigación etnográfico-institucional*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007b.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito – dos gregos ao pós-modernismo* (Título original: *Jurisprudence: from the greeks to post-modernism – tradução ao português de Jefferson Luiz Camargo*). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. 5. ed. Madrid: Tébar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PORRAS NADALES, Antonio. El Estado Social. In: *Manual de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos.

POZZOLO, Susanna. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon Neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

PRADA, Ignacio Flores. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

SANCHÍS CRESPO, Carolina. El Ministerio Fiscal ¿independiente?. In: *Revista General de Derecho* n. 610.611, julio-agosto 1995.

SANTOS, Renato F. dos; MAURICI JR., Valmir. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (Org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Coord.). *Constituição Federal Interpretada* 3. ed. São Paulo: Manole, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed., 2002.

STRECK, Lênio Luiz. O Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da Constituição – uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.