

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Walter Paulo Sabella*

Sumário: I-Introdução; II-Visão diacrônica do princípio; III- A questão da eficiência; IV- O método aplicativo da ponderação de princípios; V-Síntese conclusiva.

I – Introdução

Um dos temas mais presentes na pauta de reflexões do Ministério Público, nos últimos tempos, diz respeito à conciliação ou não entre os planos de metas de atuação, editados pela Administração Superior, e o princípio da independência funcional.

Previstos, pioneiramente, na legislação paulista, mas incorporados às demais legislações locais, os planos podem ser conceituados como “conjunto de objetivos e diretrizes institucionais estabelecidos anualmente, com o fim de viabilizar a consecução de metas prioritárias nas diversas áreas de atribuições do Ministério Público”. É o que se extrai da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (art. 97).

Enquanto os planos acham seu nascedouro em sede de lei estadual, não obstante de natureza complementar, o princípio da independência funcional tem assento na Constituição Federal, ao lado dos princípios da unidade e da indivisibilidade (artigo 127, parágrafo 1º), além de repetido na Constituição Estadual (art. 91, parágrafo único), na Lei Orgânica Nacional (artigo 1º, p. único) na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 4º) e, certamente, em todas as demais leis orgânicas estaduais, verificando-se, ademais, que sua explicitação em norma legal precede o ordenamento constitucional de 1988, visto que já existia na Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981 (art. 2º).

Examinando-se os escritos doutrinários, verifica-se que na abordagem conceitual do princípio não dissentem os comentadores quanto ao seu conteúdo fundamental: o essencial caráter protetivo de que se reveste para o exercício da atividade funcional pelo promotor de justiça.

Confira-se, por exemplo, o que diz nosso colega fluminense Carlos Roberto de Castro Jatahy:

“Princípio mais importante da Instituição, a independência funcional preconiza que os membros do *Parquet*, no desempenho de suas atividades, não estão subordinados a nenhum órgão ou poder, mas somente à sua consciência, devendo sempre fundamentar suas atuações processuais -CF art. 129, VIII; Lei 8.625/93 art. 43, III- (**Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, Editora Lumen Juris, 3ª edição, Rio de Janeiro, 2008, pg.131**).

Outros doutrinadores destacam que os órgãos do Ministério Público devem contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência, interditando-se aos seus superiores hierárquicos a expedição de ordens a respeito de como agir nos processos em que oficiam.

No desenho conceitual traçado por esses últimos, dois aspectos merecem considerações; um, por sua mais adequada completude, e outro por possível impropriedade terminológica:

1. É de maior abrangência o conceito por consignar que a atuação funcional do membro do Ministério Público se sujeita não apenas à sua consciência, mas à Constituição e às leis. Aliás, nesta ordem: Constituição, leis e, por fim, consciência. E procede esse enfoque, pois por maior que seja a liberdade de consciência do promotor de justiça, não se estende ela ao ponto de entrar em colisão com as disposições constitucionais e infra-constitucionais, salvo a hipótese de incompatibilidade vertical destas últimas com as primeiras. Mas, como a inconstitucionalidade não se presume ou, por outras palavras, como o que se presume é a constitucionalidade, resulta, também por isso, a adequação da ordem seqüencial dos comandos aos quais se sujeita o promotor de justiça, ou seja, Constituição, leis, consciência.

Quando se diz que a subordinação do promotor se estabelece exclusivamente em relação aos ditames de sua consciência, ainda que a afirmativa possa ganhar em vigor estilístico, o fato é que ela perde em rigor jurídico, por induzir a uma compreensão demasiado elástica de seu livre arbítrio. Mostra-se preferível o modo como os doutrinadores mais minuciosos põem foco no princípio, pois destacam a essencialidade da consciência individual como guia de conduta funcional, mas explicitam a extensão em que o livre decidir se exercita, ou seja, com observância aos marcos limitadores dos comandos constitucionais e legais.

2. Ainda assim, também a conceituação por eles dada contém trecho sujeito a observação crítica, que diz respeito ao purismo terminológico; trata-se da alusão ao “órgão” do Ministério Público. Melhor teria sido dizer o agente, o representante ou o membro do *Parquet*, pois o princípio, na verdade, incide sobre o agir do promotor, e não propriamente do órgão.

Não se ignora haver, em doutrina, quem identifique órgão e agente. Todavia, cuida-se de entendimento de publicistas estrangeiros, cabendo lembrar, dentre eles, George Jellinek e Carré de Malberg, ambos, no entanto, do primeiro quartel do século passado.

Entre nós, todavia, prevalecem os que distinguem os órgãos dos agentes, entendendo-se os primeiros como centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos. O agente é a pessoa física, através da qual age o órgão. Nessa linha, aliás, é o ensino de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro, 35ª Ed., Malheiros, pgs. 68/69**).

Realça-se aqui esse aspecto de precisão vocabular para ficar claro que, na verdade, quem se acha ao abrigo do princípio da independência é o agente, e não o órgão (é o agente quem infunde vontade ao órgão). Não obstante, na linguagem do cotidiano, usualmente são empregadas as expressões órgão e agente como sinônimas.

Da incidência do princípio da independência funcional sobre o agir do membro do Ministério Público decorrem os seguintes principais efeitos, conforme assinalam os autores em geral:

a. impossibilidade de haver sujeição hierárquica entre os membros e o Chefe da Instituição, exceção feita ao âmbito administrativo, sem qualquer chance de que a relação hierarquizada se estenda à seara técnico-funcional;

b. impossibilidade de serem responsabilizados por equívocos de atuação no estrito exercício de suas funções, salvo hipóteses de culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder;

Dos termos incisivos dos conceitos dados pelos autores ao princípio da independência funcional, bem como dos efeitos amplos que dele defluem para o membro do MP no que toca à liberdade de agir e à imunidade, fica bem claro a que ponto pode ser árdua a tarefa de sustentar a compatibilidade entre esse princípio e os planos de metas de atuação.

De fato, indagações várias podem ser formuladas, impondo-se dar-lhes respostas fundamentadas: Os planos ferem o princípio da independência funcional? Esse princípio tem caráter de tal modo absoluto a ponto de tornar a atuação do promotor completamente unipessoal e infensa a qualquer orientação que não venha exclusivamente de sua consciência? Em nome desse princípio pode o promotor recusar-se a observar o plano, ignorando, no exercício funcional, suas disposições?

Vistos, em pinceladas perfunctórias, os planos e o princípio, bem como os efeitos que, segundo a doutrina, decorrem deste último, segue-se, então, a análise da questão principal, consistente em verificar se pode ou não haver conciliação entre eles.

II – Visão diacrônica do princípio

Um dos grandes clássicos da literatura jurídica brasileira, escrito há 83 anos (sua primeira edição veio a lume em 1924), mostra-se ainda atual e útil, em face da excelência de suas linhas estruturais, no esclarecimento do tema. Trata-se da **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, de Carlos Maximiliano, que foi Ministro da Justiça, Consultor-Geral da República, deputado à Assembléia Nacional Constituinte de 1933/1934 e Ministro da Suprema Corte.

Um dos capítulos dessa obra é dedicado à interpretação no campo do Direito Constitucional, no qual faz o autor duas observações que devem ser aqui lembradas:

1ª A técnica de interpretação muda, visto que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado, redigidas, de modo sintético, em termos gerais.

Alerta ele que “deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de não se tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto” (**ob.cit. pg. 248**).

2ª Sem embargo disso –consigna- contribuem, também, para a inteligência do texto constitucional “os processos e regras de hermenêutica expostos comumente para o Direito Privado: o elemento filológico, o

histórico, o teleológico, os fatores sociais, etc.”, o que ocorre “por ser a Constituição também uma lei, que tem apenas mais força do que as outras às quais sobreleva em caso de conflito” (**ob. cit. pg. 249**).

Por isso mesmo, parece lícito trazer à sustentação de nossa tese o que escreveu Manuel A.D. de Andrade, tradutor de Ferrara para nossa língua, ao prefaciar a obra:

“No conceito de Ferrara, a interpretação procura a *voluntas legis*, não a *voluntas legislatoris*; e procura a **vontade atual da Lei**, não a sua vontade no momento da publicação; não se trata assim de uma vontade do passado, mas de uma vontade sempre presente enquanto a lei não cessa de vigorar. É dizer que a lei, uma vez formada se destaca do legislador, ganhando consistência autônoma; e, mais do que isso, torna-se entidade viva, não apenas corpo inanimado, ou mero fato histórico fechado e concluído” (**Francesco Ferrara, Interpretação e Aplicação das Leis, pref. pag. XI, 1934, Livraria Acadêmica, Saraiva e Cia. Editores**).

Esse esquema de idéias constitui o método histórico-histórico, escola que tem Kohkler como um dos mais típicos representantes, e de cuja pena vem a advertência de que “a interpretação da lei de maneira nenhuma pode ficar sempre a mesma. É de todo o ponto inadmissível falar de uma única e exclusivamente exata interpretação que tenha que acompanhar a lei desde o começo dos seus dias até o seu último momento” (**ob. e pg. cits.**).

Não se perca de vista, a propósito, o conselho de Robert de Ruggiero, professor da Universidade de Roma, quando diz que, no Direito Constitucional e no Administrativo “inspira-se a interpretação em critério menos rígido”, visto que nesses ramos, “predomina o elemento político, do que resulta maior mutabilidade nas relações e nos conceitos” (**Instituzione di Diritto Civile, 7ª ed, vol. I, p. 17, pg., 124**).

De olhos postos nesses ensinamentos, de modo especial no elemento histórico e nos fatores sociais acima aludidos, parece adequado realizar-se um estudo diacrônico do princípio da independência funcional, ou seja, buscar suas origens, verificar em que momento histórico se deu seu acolhimento formal pelo ordenamento jurídico, impondo-se analisar as características desse momento e, ainda, como era a Instituição nesses tempos, quais eram suas funções e quais eram as atribuições dos promotores de justiça.

E esse estudo nos leva a constatar que o princípio surgiu no ordenamento constitucional em 1988, porém preexistia no campo infraconstitucional, pois já era localizado, como antes visto, na Lei Orgânica Nacional de 1981.

Ora, o Ministério Público, nesse quadrante temporal da história, tinha predominantemente funções de *custos legis*, ou de parte meramente interveniente, e lhe eram desconhecidas as incumbências de parte promotiva, às voltas com a imensa gama de atribuições hoje cometidas pelo sistema normativo.

Não se cogitava, nesse tempo, dos grandes conflitos de massa; não se sentia a necessidade de buscar soluções para o desequilíbrio entre a demanda de trabalho e os meios de atendê-la. E hoje a Instituição tem tarefas muito superiores aos seus meios, materiais e pessoais, tudo agravado pelas crônicas limitações orçamentárias. Logo, ao Estado, prestador de serviço público, não se pode negar que trace diretrizes e objetivos, de

validade anual, destinados a assegurar o cumprimento de prioridades, fazendo-o através de um plano previsto em lei e que é fruto da participação de todos. E dizer-se que ao Estado assim se veda porque o princípio da independência opera como causa impeditiva, constitui afirmativa que nega a ductilidade, a flexibilidade e a adaptabilidade do texto constitucional a épocas diversas.

E há uma regra de hermenêutica a proclamar que toda interpretação conducente ao absurdo deve ser rechaçada.

Voltando, ainda uma vez, à conceituação do princípio da independência, cabe lembrar que os superiores hierárquicos não podem ditar ordens ao promotor de justiça no sentido de que ele atue nesta ou naquela direção “dentro de um processo”. Ora, isso era e é verdadeiro, e esses eram os horizontes visualizados no momento histórico em que o princípio da independência foi incorporado ao sistema normativo. De ordinário, o universo de atuação do promotor se continha ‘dentro de um processo’, para repetir a expressão dos doutrinadores.

Nesse tempo, atuava o promotor de justiça como *dominus litis* no campo penal, tinha raras e específicas incumbências como autor na área cível, e atuação marcadamente interveniente em litígios interindividuais de terceiros.

Não lhe competia defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; não presidia o inquérito civil, nem promovia a ação civil pública; não era responsável, na escala e no espectro em que hoje o é, pela defesa do patrimônio público, histórico, turístico, artístico e paisagístico, do meio ambiente, da habitação e urbanismo, do consumidor, dos portadores de necessidades especiais, dos idosos, dos excluídos; não presidia audiências públicas. Na área criminal, era-lhe desconhecido o diuturno combate ao crime organizado, aos cartéis, à lavagem de dinheiro em suas múltiplas formas, tudo isso em amplitude transnacional, com suporte nas tecnologias digitais e nas facilidades das comunicações instantâneas entre continentes separados por oceanos e milhares de quilômetros. Nos horizontes históricos em que se plasmou o princípio da independência funcional, não seria concebível a quebra de uma empresa, em alguns segundos, pela rede mundial de computadores; aliás, não só a quebra de uma empresa, mas a quebra de países. Se, nesses tempos, alguém falasse na relativização do princípio da soberania, não seria compreendido. Também não seria compreendido se aludisse à flexibilização dos direitos adquiridos em prol da segurança jurídica dos contratos. Alguns outros signos lingüísticos e suas novas polissemias também eram enigmas do oráculo, tais como globalização, marcos regulatórios e tantos outros.

Ora, ninguém podia dizer ao promotor o que fazer dentro de um processo e ninguém pode dizê-lo ainda hoje.

Mas, daí não se segue, em face das metamorfoses cotidianas do mundo, que não possa ou não deva o Estado, com amparo na lei, com a participação dos próprios promotores, traçar objetivos e diretrizes que tornem sua atividade prestacional mais consentânea com as necessidades de seus súditos.

É da índole das constituições que proclamem princípios, mas não pertence a elas conceituá-los. A atividade modeladora de conceitos é tarefa da doutrina e da jurisprudência, não do legislador constitucional. E essa

construção há que ser feita com olhos postos nos fenômenos da contemporaneidade, de tal modo que os princípios não podem operar como fatores impeditivos do aprimoramento dos serviços estatais, senão como postulados de amparo a esse mesmo aprimoramento.

A velocidade transformadora do mundo é a tal ponto vertiginosa que a nossa Constituição, em 20 anos, sofreu 63 emendas, quatro das quais de revisão, o que significa uma emenda a cada 120 dias.

Se entendermos que o princípio da independência funcional possui caráter absoluto, a ponto de obstar a busca de uma atuação estatal condizente com as necessidades da complexa vida social contemporânea, teremos que admitir como não censuráveis, por exemplo, as seguintes situações:

O membro do Ministério Público elege, ao seu alvedrio e sem observância de critérios objetivos, áreas preferenciais de atuação, concentra nelas todo seu tempo e interesse, relega outras a plano secundário e rechaça qualquer intervenção, sob o argumento de que age ao amparo da independência funcional. A hipótese não é cerebrina. Por isso mesmo, os planos têm até um caráter protetivo para o promotor no exercício da função; havendo acúmulo não vencível de atribuições, fenômeno comum num cenário de heterogênea distribuição qualitativa e quantitativa de serviços, poderá ele amparar-se na escusa de observância das prioridades estabelecidas via plano de metas.

Sendo assim, e em face das céleres transformações sociais, das urgências de um tempo complexo e conturbado, é preciso ter, do princípio, uma interpretação atual, e, dos planos, uma compreensão adequada. Não foram previstos para violentar a convicção jurídica do promotor dentro do processo, para lhe impor teses contrárias à sua consciência, mas para servir como instrumentos ou estratégias de auxílio no planejamento da ação institucional, compromissada com tantas vertentes de atuação funcional.

A Constituição não diz que os planos colidem com um dos princípios nela abrigados; o intérprete é quem o diz. O legislador que, ao tempo da normatização do princípio, anterior a 1988, cunhou-o como se acha escrito, concebeu-o em face do mundo real que se punha diante dos seus olhos. Sua vontade, à época, de algum modo, guardava nexos etiológicos com a realidade que o circundava. Por isso mesmo, Enneccerus, lembrando Wach, Binding e Kohler, fez a seguinte e interessante reflexão: “Até mesmo aqueles que ainda reduzem a exegese a uma pesquisa de *vontade*, não mais procuram saber só o que o legislador *quis*; acham dever cumprir-lhes também saber o que ele *quereria*, se vivesse na atualidade e lhe deparasse a hipótese em apreço” (Ludwig Enneccerus, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 15ª. ed., 1921, vol. I, pg. 121).

III - A questão da eficiência

Se não considerarmos satisfatório o raciocínio até aqui desenvolvido, podemos abrir uma outra vertente de argumentação.

É certo ter a Constituição estabelecido que o Ministério Público possui princípios institucionais próprios: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

No entanto, ninguém sustentará, em sã consciência, que se resumem a esses os princípios aos quais se submete a atuação do Ministério Público.

Com efeito, a Instituição tem natureza estatal, insere-se na armadura organizatória do Estado, sujeita-se a um regime de direito público e, por consequência, incidem sobre ela e seus agentes, dentre outros que se irradiam do sistema, os princípios regentes da Administração Pública, estatuídos no artigo 37, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo sido este último acrescentado pela Emenda Constitucional no. 19, de 4 de junho de 1998, visto que na redação originária do texto de 1988 continham-se apenas os quatro primeiros. E não há como recusar sua incidência, em face da dicção do dispositivo constitucional, cuja abrangência não permite espécie alguma de raciocínio sofisticado, pois diz que se põe sob os princípios ali mencionados “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos [Estados, do Distrito Federal e dos Municípios](#)”.

Para os fins do nosso estudo, limitemo-nos, exclusivamente, ao enfoque do último desses princípios.

E dizer que o Ministério Público se acha também sob a regência do princípio da eficiência pode soar um pouco estranho a alguns, mas efetivamente se acha, não só no que pertine às atividades-meio, o que é evidente, mas também, e esse é o aspecto que mais interessa no momento, às atividades-fim.

Sem o propósito de incursionar por digressões doutrinárias desnecessárias, lembremos, com Alexandre de Moraes, que o “princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes, a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira que se evitem desperdícios e se garanta uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum” (**Direito Constitucional, 6ª ed. Atlas, 1999, pag. 298**).

Em face dessa idéia, é intuitivo que ao dizer-se deva o agente público ser eficiente significa afirmar que deve produzir “o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade” (**ob. cit. pg. 297**).

Em consonância com essa idéia, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao estudar a revolução da teoria funcional no Direito Público, consigna que o Estado em mutação privilegia a funcionalidade, pois que endereçada à concretização da eficiência. Um Estado funcionalmente eficiente demanda um Direito Público que privilegie, por sua vez, a funcionalidade. Um Direito Público orientado por uma teoria funcional da eficiência. E acrescenta que para construí-la, o importante não é mais o ritualismo do ato, do contrato, do procedimento, nem mesmo o complexo de procedimentos administrativos que conforma políticas públicas, planejadas

e em execução, mas, o que, afinal, é a todos comum: o resultado eficiente que de cada um se espera.

E aduz, “visto que o Estado tem como razão de existir e como missão constitucional servir à proteção e à realização dos direitos fundamentais, é evidente que a teoria funcional do Direito Público se volta à obtenção de resultados que efetivamente e não apenas intencional ou retoricamente satisfaçam a essa vocação” (**Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade, Finalidade, Eficiência, Resultados, Editora Fórum, 2008, pg. 110/111**).

A Constituição é compromissória e promete a satisfação de amplíssimo rol de direitos, em normas que não podem ser entendidas como meramente intencionais ou retóricas, mas predestinadas à efetividade. Na esteira disso e em face das necessidades coletivas, das exigências do quadro social, incorporou-se, de modo explícito e com status constitucional, às noções de Estado e de Administração o requisito da eficiência, ou seja, da obtenção efetiva de resultados.

Por outro lado, o Ministério Público, por destinação finalística, é agente assegurador da efetividade desses direitos fundamentais, e a Constituição que a tanto o destinou, armou-o dos poderes instrumentais necessários à prossecução de suas metas finalísticas, colocando-o sob a regência de princípios, dentre os quais o da independência funcional, mas não só. De outros, também. Inclusive o da eficiência.

Tendo em vista a variedade de funções institucionais e o volume quantitativo de trabalho que cada uma delas acarreta, ficam desde logo intuitivas as dificuldades para a observância integral do largo espectro de incumbências funcionais.

Justamente por isso, no cotidiano da vida institucional, surgiram, como inevitáveis, planos de metas, planos de atuação integrada e estratégias, com base em normas infraconstitucionais.

Posto esse quadro, repete-se a indagação quanto à possibilidade de haver recusa, por parte de agente do Ministério Público, à razoável observância dos planos de metas, com arrimo no princípio da independência funcional, optando *v.g.*, por exclusiva atuação interventiva em algumas ações, em prejuízo, ainda exemplificativamente, de inquéritos civis ou ações civis públicas para anular licitações fraudulentas que esvaziam os cofres públicos, ou para combater a produção e comercialização de produtos com substâncias cancerígenas, ou para impedir a distribuição e venda de combustíveis adulterados, ou para assegurar acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais a hospitais, escolas e ao mercado de trabalho.

Indaga-se quanto à legitimidade da recusa fundada na alegação de que os planos de metas são atos administrativos com base em lei infraconstitucional, enquanto o princípio da independência funcional tem previsão no texto da Constituição Federal e possui caráter absoluto.

E a resposta há que ser negativa. Porque o que se dá não é a colisão entre ato administrativo, ou lei ordinária, ou lei complementar, e princípio constitucional. O que se põe é uma concorrência de princípios constitucionais. De um lado, o da independência; de outro o da eficiência.

Mas, não só. Sabido que os planos traçam diretrizes para a realização de direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente, à segurança e tantos outros, o que em última análise se plasma diante do

intérprete ou do aplicador do direito não é uma oposição entre princípio constitucional e norma hierarquicamente inferior, o que se resolveria com o convencional mecanismo de aferição da compatibilidade vertical entre a norma inferior com a superior. O que rigorosamente se verifica, em muitos casos, não é antinomia entre independência funcional e eficiência, mas entre aquela e outros princípios que até possuem densificação mais qualificada, como são os pertinentes aos direitos fundamentais.

Pois bem! Havendo, então, competição de princípios de igual magnitude, como resolver?

Chegamos à ponderação de princípios, objeto do próximo tópico.

IV- Ponderação de princípios

O estudo do tema reclama prévia distinção entre duas espécies de antinomia jurídica, a própria e a imprópria. A primeira é conflito de regras jurídicas, que se resolve excluindo-se uma delas do sistema. Valem os critérios lembrados por Bobbio (hierarquia, especialidade e cronologia). A regra superior se sobrepõe à inferior; a especial prevalece sobre a geral, e a posterior prepondera sobre a anterior (**Bobbio, Norberto, Teoria dell'Ordinamento Giuridico, Torino, Giappichelli, 1960, pgs. 93/94**). Já na segunda, o que se tem é conflito entre normas. Conquanto se manifeste a incompatibilidade, não se faz necessária a eliminação de uma delas do sistema. Pertencem a esse tipo os conflitos entre princípios. A opção do intérprete por um deles, em detrimento do que se opõe, não significa desobediência ao outro.

É como diz o ministro Eros Grau, lembrando situação apontada por Dworkin: “a circunstância de em determinado caso a adoção de um princípio, pelo intérprete, implicar o afastamento de outro, que com aquele entre em testilhas, não importa que este seja eliminado do sistema, até porque, em outro caso, e mesmo diante do mesmo princípio, este poderá vir a prevalecer”. (**Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 3ª. edição, Malheiros, pg. 190**).

Bem por isso, Alexy escreveu que “os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que os conflitos entre princípios se verificam –visto que apenas princípios válidos podem colidir entre si– dentro da dimensão de peso” (**Alexy, Robert, Theorie der Grundrecht, Frankfurt AM Main, Suhrkamp, 1986, pg., 76**).

E assim se dá porque, como enfatiza o ministro Eros Grau, “o fenômeno jurídico não é uma questão científica, porém uma *questão política*; e, de outra parte, a aplicação do direito é uma *prudência*, e não uma *ciência*”. (**O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 2003, pgs. 35 e ss.**).

Qual dos princípios em conflito deve ser privilegiado? É o contexto de cada caso que ensejará a escolha, dado que no sistema inexistente regra expressa a direcionar o intérprete. Além da dimensão de peso, de que fala Alexy, e dos jogos de princípios a que se refere Eros Grau, cabe lembrar o modelo concebido por Poulantzas, ao preconizar que, na contradição entre dois princípios jurídicos em relação a uma hipótese específica, deve prevalecer o de importância mais significativa (*apud* **Ensaio e Discurso**, em que Eros Grau explicita o conceito de infra-estrutura normativa concebido por esse autor, **pg. 193**).

Não se imagine, contudo, que a atribuição de peso aos princípios conflitantes possa ser fruto de discricionariedade e de subjetivismo, ao talante de quem interpreta. Malgrado não se possa negar certo componente ideológico por parte de quem lida com o método aplicativo da ponderação, não se pode olvidar que o hermeneuta também está vinculado a princípios que são, como cunhou Alexy, mandados de otimização. Ademais, a interpretação jurídica não se opera em fragmentos, pressupondo sempre conexão com o sistema e cosmovisão do direito inteiro. Não por outra razão, o mestre Juarez Oliveira, após afirmar que “interpretar é hierarquizar, além de pré-compreender”, com a costumeira clarividência arrematou que “o sistema apenas se completa com o intérprete” (**A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros, 4ª, ed., pgs. 289 e 286**).

Nessa perspectiva, na oposição entre o princípio da independência funcional e outro princípio constitucional, antepõem-se, imperativamente, dentre outras, as questões: Qual deles atende melhor à realidade presente? Qual deles corresponde mais amplamente às necessidades do quadro social? Qual deles melhor assegura os interesses que a Instituição deve defender e velar? Qual deles dá mais efetividade aos direitos escritos na Constituição Federal? As respostas obtidas hão de conduzir à escolha do princípio de maior peso, ou de importância mais significativa, ou que melhor aperfeiçoe a efetividade dos direitos, para usar a linguagem dos autores citados.

Suponhamos, à guisa de exemplos, que determinado plano de metas preconize ações prioritárias com vistas à eliminação de elevados níveis de infecções hospitalares já constatados, ou com o escopo de compelir instituições financeiras a assegurar o acesso de pessoas com necessidades especiais às suas agências, ou, ainda, para obstar o contínuo processo de contaminação das águas do Aquífero Guarani. Indaga-se: Pode haver recusa fundada na alegação de independência funcional? A resposta negativa parece, em princípio, intuitiva, à luz das reflexões traçadas.

Nem se pode desconsiderar que, na ordem constitucional de 1988, mais que em qualquer das anteriores, os princípios se inserem numa hierarquização inovadora, explícita ou implícita, destacando-se, dentre as referidas pelos autores, a classificação dicotômica quanto à finalidade, que divide os princípios em substantivos e instrumentais. Os primeiros, também referidos por primários, “são aqueles que contêm uma *opção finalística posta em termos de valor*, como, por exemplo, o que afirma a dignidade da pessoa humana” (**Diogo de Figueiredo, ob.cit. pg. 90**). Analise-se o exemplo acima, referente aos direitos das pessoas com necessidades especiais, no mosaico dessa hierarquia.

A propósito, eis o que recomenda Paulo Gustavo Gonet Branco, em notável monografia extraída de sua tese de doutorado, na Universidade de Brasília: “Um direito fundamental terá maior peso abstrato quanto mais intimamente disser respeito a necessidades básicas da vida humana e da autonomia do indivíduo. O peso abstrato do direito também é de ser aferido pela função que exerce no sistema constitucional” (**Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional, Saraiva, 2009, pg. 209**).

No plano da hierarquização axiológica, poder-se-á negar a prelázia ímpar do princípio da sacralidade da vida humana, uma espécie de *metaprincípio*? Ponha-se em foco, à luz dessa concepção axiomática, o

outro exemplo, alusivo à priorização do combate aos vastos mapas de infecção hospitalar.

Esses dois exemplos, dentre tantos outros que poderiam ser arrolados, nada cerebrinos, mas integrantes do cotidiano do promotor de justiça, bem materializam a antinomia imprópria entre o princípio da independência funcional, de um lado, e os da sacralidade da vida humana ou da dignidade da pessoa humana de outro, e traduzem hipóteses em que a intocabilidade da independência resvala para os domínios da relatividade, como pode acontecer em relação a tantos outros princípios fundamentais, caso se configure a oposição.

Como escreve Daniel Sarmiento, “do ponto de vista material, o resultado da ponderação deve estar em consonância com a tábua axiológica subjacente à Constituição, em que cintilam com maior destaque os valores humanitários sintetizados na idéia de dignidade da pessoa humana” (**A Eficácia Temporal das Decisões no Controle de Constitucionalidade, in Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, Del Rey, pg. 41**).

V - Síntese conclusiva

Dessas reflexões defluiu, inelutável, a constatação de que a independência funcional, não obstante a relevância de que se reveste na arquitetura orgânica da Instituição do Ministério Público, e contrariamente ao que possam preconizar alguns, não se põe na seara da intangibilidade absoluta. Sob a égide de uma Constituição compromissiva, ricamente principiológica, com hierarquização explícita ou implícita de princípios, a independência funcional também se expõe ao inevitável cotejo de peso com outros princípios, como é próprio do método aplicativo da ponderação, e como se faz inevitável num cenário social diuturnamente marcado pelos reclamos emergenciais de massas em conflito, às quais se impõe assegurar a efetividade dos direitos proclamados na Constituição.

*Walter Paulo Sabella foi Subprocurador-Geral de Justiça de São Paulo, Presidente da APMP e Secretário-Geral da CONAMP.