

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO

PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES()*
Procurador-Geral da Justiça do
Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO - 1. Considerações Preliminares. 2. Ministério Público - Órgão do Estado. 3. A Concepção de Agente Político. 4. Idéia e Fundamentos do 4º Poder. 5. O Ministério Público como Ramo do Poder Executivo. 6. O Ministério Público como Ramo do Poder Judiciário. 7. Proposta Final.

1 — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tudo leva a crer que teremos, muito brevemente, uma nova Carta Constitucional ou que faremos reformas substanciais na Constituição que nos rege.

Aproximamo-nos do encerramento de um ciclo revolucionário e nos achamos no limiar de uma nova fase da vida político-institucional do País.

Cumpre que cada setor da vida pública, notadamente as instituições superiores que ainda não encontraram assento cômodo dentro dos padrões técnico-jurídicos da Constituição, procure unificar posições e arregimentar esforços para uma contribuição em alto nível ao aprimoramento de nossa ordem jurídico-constitucional.

Queixava-se, com sobra de razões, o Professor e Procurador-Geral PAULO SALVADOR FRONTINI, no excelente artigo publicado na Revista *Justitia*, sob o título “Ministério Público, Estado e Constituição”, ao afirmar:

“Diante desse cenário, parece insuficiente a preocupação de estruturar o Ministério Público no próprio corpo da Constituição. Pode ser surpreendente uma afirmativa dessa índole, mas ela tem explicação. É que, a despeito de disciplinado constitucionalmente, com maior ou menor precisão, com maior ou menor deferência, pelos constituintes de 1934, 1946, 1967 e 1969, o Ministério Público nunca recebeu nos textos constitucionais o complemento indispensável à sua

(*) Conferência proferida no “Grupo de Estudos CARLOS SIQUEIRA NETO”, da Associação Paulista do Ministério Público, no dia 10 de outubro de 1984, em São Paulo.

plena afirmação institucional. Permanece, assim, como um órgão algo impreciso, mal demarcado entre os Poderes da República, com atribuições complexas e, mesmo, antinômicas, que vão desde o contraditório constitucional até a supervisão administrativa de entidades privadas; que abrangem o árduo encargo de acusador do Presidente da República nos crimes comuns, e de chefiar o serviço jurídico da União, como principal advogado do Poder Executivo: A plena definição institucional, aqui reclamada, surgirá no dia em que a Constituição claramente explicitar as atribuições fundamentais do Ministério Público. Esse o complemento de que a Instituição carece.”⁽¹⁾

Trabalho dessa natureza, contudo, é de responsabilidade tal, que não deve ser delegado a representações políticas de classe, sem que antes tenha havido amplo debate sobre as teses institucionais, e consciente, livre e desapaixonada tomada de posição a seu respeito, por parte das bases das diversas corporações do Ministério Público em todo o País.

A modesta contribuição que lhes trago, com a aceitação do convite honroso que me fez o Ministério Público de São Paulo, é orientada segundo essa diretriz puramente científica, com o elevado propósito de engrandecer as nossas instituições públicas, em geral, e a do Ministério Público, em particular.

Caminharemos para essa jornada com um novo e consistente material de trabalho, representado pelas recentes conquistas da Lei Complementar nº 40, que elevou o Ministério Público ao reconhecimento de sua condição de instituição nacional permanente, essencial ao desempenho da função jurisdicional do Estado.

São duas revelações para-constitucionais do mais elevado alcance. Como instituição nacional, o reconhecimento de que o Ministério Público atua na condição de verdadeiro e não mais discutível órgão da soberania do Estado; e, como essencial à função jurisdicional, a meu ver uma opção clara quanto ao seu até aqui indefinido posicionamento constitucional.

Como observa o Professor HELY LOPES MEIRELLES, “O Ministério Público, como instituição nacional, vem desde a primeira Constituição da República, de 1891, que apenas se referiu à designação do Procurador-Geral da República, relegando suas atribuições à lei ordinária”. ⁽²⁾

Era o primeiro passo que se dava na fixação dos lineamentos constitucionais do Ministério Público; mas não passava do início tímido e inseguro de uma longa e penosa caminhada.

⁽¹⁾ Vol. 90, págs. 254/255.

⁽²⁾ APMP — Temas Institucionais, pág. 6.

Afinal, à míngua da consideração explícita das principais garantias que devem assegurar a ação dos seus agentes, essa honrosa presença constitucional do Ministério Público teve o condão apenas de generalizar a instituição na organização pública do País, tornando-a presente também nos textos das constituições estaduais.

Agora, porém, com o surgimento da Lei Complementar nº 40, que não apenas expressa ser o Ministério Público uma instituição nacional, mas essencial à prestação jurisdicional do Estado, deu-se a revelação plena de sua essência.

O Ministério Público, realmente, é instituição nacional. Mas não o é simplesmente por estar presente em um dos capítulos da Constituição, e sim, como foi observado, pelo reconhecimento de que sua função é essencial à prestação jurisdicional.

Para o exercício da jurisdição, existe um Poder de Estado que é o Judiciário. Os Poderes do Estado, como não poderia deixar de ser, têm raio de alcance sobre toda a Nação.

Ora, sendo de âmbito nacional o Poder Judiciário e sendo o Ministério Público um órgão essencial a ele, resulta, logicamente, ser o Ministério Público também uma instituição nacional.

Por outro lado, a sede da soberania é o elemento humano do Estado — a Nação — ; porém, o seu exercício está a cargo da pessoa jurídica central do Estado, que é a União.

Os Estados-membros não são soberanos. São apenas autônomos. Todo órgão que tem por fonte de atribuições o núcleo da soberania, não pode estar institucionalmente vinculado aos Estados-membros, senão à ordem jurídica central.

Os Estados-membros apenas organizam, administrativamente, o Ministério Público, por imposição da ordem jurídica central. Porém, não são as autonomias dos Estados, e sim a soberania da Nação, é que lhe dá conteúdo.

Nemo dat quod non habet. Se o Estado-membro não é soberano, dele não poderá emanar ato de soberania. Eis aí um verdadeiro ovo de Colombo, que por tanto tempo ensejou renhidos debates doutrinários, colocações extremadas e posicionamentos antagônicos.

O trabalho que lhes trago, por certo não tem a riqueza dos que estão habituados a ouvir e produzir nesse venerável templo de ciência, arte e cultura, que é a portentosa Capital Bandeirante, mas representa a sinceridade de minhas convicções e o máximo de esforço que a trabalhosa função de Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios me permitiu realizar.

2 — MINISTÉRIO PÚBLICO — ÓRGÃO DO ESTADO

Constituem marco indelével na evolução histórica do Ministério Público Brasileiro as idéias divulgadas por essa figura exponencial de líder e jurista que foi José Augusto CÊSAR SALGADO, cujo nome pronuncio sempre com respeito, admiração e saudade.

Já o disse e repito:

“Tão significativa e maiúscula é a presença desse mestre na formulação das novas idéias que compõem o quadro doutrinário atual da instituição, que não se pode falar em Ministério Público, no Brasil, sem prestar reverência à sua memória e, para aqueles que, como eu, tiveram a ventura de privar do seu convívio e desfrutar de sua amizade, prantear a sua insuprível ausência.”⁽³⁾

Estou certo de que, se um dia pudermos falar em “Escola Brasileira”, no campo doutrinário do Ministério Público, não se poderá regatear a CÊSAR SALGADO o título de seu lídimo e autêntico fundador.

Não seria necessário repetir aqui as idéias tão conhecidas de César Salgado sobre a teoria do Ministério Público como “órgão do Estado”.

Resumi-las, porém, é privar o leitor e o ouvinte de deliciar-se com a retórica que, durante várias décadas, se tornou familiar em nossa tribuna forense, além do risco, que não desejo correr, de deformá-las ou de expô-las com menor clareza, ou prejudicadas em sua peregrina elegância verbal.

Ei-las, pois, nas próprias palavras do seu expositor:

“Ultrapassada a velha concepção dos que viam no Ministério Público simples mandatário ou preposto do Poder Executivo, impunha-se defini-lo de acordo com a situação que lhe competia no quadro das instituições do Estado moderno. Já era tempo de situá-lo no lugar certo, **in the right place**, pois de outro modo não seria possível responder à pergunta sobre a sua exata posição. A resposta seria encontrada na teoria da organicidade, de Comba, como bem o demonstrou Giuseppe Sabatini, ao reconhecer no Ministério Público as características de um órgão do Estado. Eis o ensinamento de Comba, em *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi*; “Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação, tendo-se em mente que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais age em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, seus próprios, mas, formalmente, são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste; na relação de organicidade não mais se apresentam dois sujeitos, porém a identificação do órgão na pessoa jurídica de modo que esta age imediatamente por si mesma; em substância, é a mesma pessoa jurídica decidindo e agindo pelos seus órgãos, os quais dela

(3) Ministério Público — Sua Gênese e sua História, 1983, pág. 22.

não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque aquele age como se fora a mesma pessoa jurídica.”

E prossegue o ilustre jurista:

“Estes conceitos, Jellinek os resume numa síntese perfeita: ‘Atrás do representante, há outra pessoa; atrás do órgão não se vê ninguém’. Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com ele se confunde, e como outros órgãos estatais — segundo Giuseppe Sabatini em *Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale* — ‘vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes.’” (4)

O valor maior do trabalho de César Salgado com a divulgação dessas idéias, foi o de alterar o velho conceito, assente, no período monárquico, de que os membros do Ministério Público não eram senão agentes do Poder Executivo, de sua escolha e confiança, molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas, como ele entender conveniente ao serviço público, na expressão enfática de Pimenta Bueno. (5)

Na verdade, esse foi o grande significado de César Salgado, entre os nossos pensadores, eis que o momento histórico em que viveu e pontificou não ensejava avanço mais extenso e profundo na direção da formulação dogmática das idéias nascentes, que precisavam evoluir mais, criar raízes, frondejar e florescer, antes que pudessem produzir frutos.

Não obstante, no projeto de código do Ministério Público do Estado de São Paulo, do ano de 1954, César Salgado, como seu autor, consignou no texto legal a conceituação do Ministério Público como “órgão do Estado”. Foi mera formulação teórica, mas constituiu um marco fíncado no balizamento da independência funcional do Ministério Público.

3 — A CONCEPÇÃO DE AGENTE POLÍTICO

O passo seguinte na evolução da idéia do órgão é exposto, com muita propriedade e clareza, por outro nome insigne de nossas letras jurídicas, o Professor Hely Lopes Meirelles.

Conceitua-o, como “Centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja ação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”. (6)

(4) “Arquivos”, do Min. da Justiça, vol., 123, pág. 228.

(5) *Apud* César Salgado, conferência sobre Campos Sales, “Justitia”, vol. 32, 1º Semestre de 1961.

(6) “O Estado e a Administração — Seus Poderes, Órgãos e Agentes”. “Justitia”, vol. 89, pág. 259.

Daí passa à classificação dos órgãos públicos, que subdivide em independentes, os originários da soberania e representativos dos Poderes do Estado; autônomos, os localizados na cúpula da administração, logo abaixo dos órgãos independentes; superiores, os que detêm poderes de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica; e subalternos, os que se acham vinculados à hierarquia dos mais elevados, com reduzido poder decisório e predominância de atribuições de execução.

Órgãos independentes são, segundo Hely Lopes Meirelles, os Três Poderes — Executivo, Legislativo e Judiciário — colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um poder pelo outro. ⁽⁷⁾

Entre os órgãos que compõem essa classe, segundo o mesmo autor, está incluído o Ministério Público, porque seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições”

4 — IDÉIA E FUNDAMENTOS DO 4º PODER

Tem-se falado no Ministério Público como detentor de potencialidade e conteúdo para a formação de um quarto poder do Estado. Ouçamos, por exemplo, o que afirmou Alfredo Valladão:

“O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o **Espírito das Leis**, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a Sociedade e a Lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.” ⁽⁸⁾

É também o que se tem ouvido, vez por outra, entre os estudiosos da doutrina do Ministério Público.

No caso, valem as reflexões realistas do Chefe do Ministério Público paulista, Paulo Salvador Frontini, quando asseverou na introdução do seu valioso trabalho, já aqui citado:

“... por mais belo que seja sonhar, impõe-se a adoção de uma atitude crítica e realista para situar o Ministério Público precisamente no contexto da nação a que deve servir e do Estado, de cuja estrutura faz parte.” ⁽⁹⁾

(7) *Op. cit.*, págs. 261/262.

(8) *Apud* Roberto Lyra, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, pág. 17.

(9) *Op. cit.*, pág. 245.

Atitude crítica e realista, pois, é o que devemos ter. De nada vale sonhar. Daí por que a sustentação, muitas vezes repetida, de que se deve pugnar pelo reconhecimento do Ministério Público como Quarto Poder do Estado, deve ser analisada nos seus fundamentos e pesquisada no seu conteúdo.

O grande constitucionalista patricio, Professor Sampaio Dória, cuja autoridade peço vênica para invocar em abono das convicções que exporei sobre a matéria, com segura precisão técnica, assevera que “uma coisa é separação de poderes, e outra, muito diversa, distribuição de funções”. (10)

“Em sociedades incipientes — prossegue o mestre — não se separam os poderes, e, até, a princípio, mal se discriminam as funções públicas, e, mesmo, as particulares.”

Aduz mais:

“Mas, assim que a tribo cresce e se desenvolve, já não pode o chefe resolver, por si só, todos os problemas da comunidade. Quando não haja outros motivos, falta-lhe tempo, às vezes capacidade, e, não raro resistência. Cerca-se, então, como auxiliares de seu braço, de indivíduos que escolhe, com quem vai distribuindo as funções públicas.” (11)

.....

“Mas todos os funcionários públicos, espalhados pelo país, são meros auxiliares do chefe, que é o soberano, a cuja vontade todos obedecem sem tugar, nem mugir. Do alto de seu trono, pode chegar à maravilha de forjar todos os moldes da vida social, desde a política até as modas projetando sua sombra, dia e noite, por toda parte: entre os empregadores e os empregados, para contratar o trabalho; entre o produtor e o consumidor, para tabelar o preço; entre pais e filhos, para dirigir a educação; entre o crente e o sacerdote, para pontificar a fê; entre o cientista e o público, para dogmatizar a verdade; entre o homem e a mulher, para disciplinar o amor; entre tudo e todos, para que a nação, num só pensamento e numa só vontade, ocupe, como se propala, seu lugar ao sol, e realize, na paz e na guerra, como sonham os ditadores, seus destinos históricos irrenunciáveis. Em tais povos, há sem dúvida, distribuição de funções públicas: ministros que administram, câmaras que legislam, tribunais que julgam, e para tudo, repartições onde se aglomeram funcionários de todas as categorias. Distribuição de funções, não há dúvida; mas não separação de poderes. A distribuição pode, mesmo, ter atingido o grau máximo da perfeição. Da homogeneidade inicial numa tribo

(10) Direito Constitucional, 1º Tomo, pág. 264, 3ª edição.

(11) Op. cit., pág. 264.

primitiva, se pode ir ter à heterogeneidade complexa das funções de um estado moderno. Mas hierarquizadas todas à vontade de um chefe. É a característica das sociedades incipientes, ou encruadas, ou retrogradadas: distribuição de funções; jamais separação de Poderes.”⁽¹²⁾

Se assim é, onde encontrar a gênese da separação de poderes? Responde-o ainda Sampaio Dória que essa separação começou, na história dos povos, com as reivindicações liberais. Constitui conquista de ordem política e, como lembra Frontini, coincidente com a versão moderna do Ministério Público:

...“Foi nesse momento, também, que os cidadãos, escarmentados da prepotência do Estado absoluto, sujeitando todos os súditos aos caprichos do monarca (*L’Etat c’est moi...*), impuseram o princípio da separação dos poderes, inspirados na célebre fórmula de Montesquieu. Instituiu-se o sistema de freios e contrapesos: quem legisla, não administra, nem julga; quem julga não administra nem legisla; e como quem julga manifesta-se por último, não pode julgar de ofício; há de ser provocado pelo interessado. Aqui estão as raízes do Ministério Público! O Ministério Público é filho da democracia clássica e do Estado de Direito!” ⁽¹³⁾

...“Os povos mais viris — são agora expressões lapidares do insigne constitucionalista Sampaio Dória — foram atacando o poder ilimitado dos reis, e reclamando, para si, uma participação, cada vez maior, na estatuição das leis. De reivindicação em reivindicação, terminaram alguns povos, em primeiro plano, o povo inglês, por conferir a si mesmos todo o poder de legislar. Durante muito tempo, ainda ficaram os reis com o poder de executar as resoluções que o povo estatuiu. Mas, como, no exercício desta prerrogativa, os monarcas solapassem, às vezes pela astúcia, e outras pela força, o privilégio de legislar, que o povo lhes subtraía, as reivindicações populares foram às últimas, chamando para si também a função de executar as leis e resoluções que votasse. Aqui, destronando monarcas como na França de Luiz XVI; ali, conservando-os como na Inglaterra, onde reinam, mas não governam.” ⁽¹⁴⁾

Conclui que as funções têm razões diversas para se separarem e para se distribuírem. Distribuem-se por razões práticas: economia, eficiência, acerto e oportunidade das deliberações; separam-se por força de reivindicações políticas, para melhor garantia da liberdade.

(12) Op. cit., págs. 264/265.

(13) “Ministério Público, Estado e Constituição” *Justitia*, vol. 90, pág. 251.

(14) Op. cit., pág. 265.

Na separação de poderes, porém, prevalece o critério da **precipuidade** sobre o da **exclusividade**, já que, por exceção, os poderes exercem funções atípicas. O Legislativo administra e às vezes julga; o Executivo legisla e o Judiciário administra e legisla. Daí, e apenas por esse motivo, a acertada afirmação de Alcino Salazar, segundo a qual:

“A teoria das funções tem base científica; já a divisão de poderes é um arranjo artificial. Tem sido dito que é apenas obra de arte política.” (15)

“Pode haver função sem poder, e nunca poder sem função” — prossegue Sampaio Dória.

E continua:

“Função é a faculdade de proceder dentro das leis. Poder é, além de função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania. Não, faculdade soberana de ação, nem como se exprimia Robespierre, ‘as diversas partes essenciais e constitutivas da soberania’. Poder não é soberania em si. Mas delegação direta da soberania. Enquanto os órgãos forem hierarquizados, não há poder. Quando se alçam a poderes, a hierarquização desaparece. É possível, mesmo, para respeito da constituição, oporem-se às vezes uns aos outros. A norma é serem independentes entre si, sem quebra de harmonia e da mútua colaboração, que lhes cumprem. Mas o traço específico do poder é a capacidade de opor-se a outro poder. Enquanto apenas função, não há, no jogo dos órgãos do estado, garantias da liberdade. Só quando poderes, é que a garantia surge e se afirma contra os excessos do Executivo, e, mesmo, do Legislativo.” (16)

Mas a soberania, embora distribuída entre os Poderes, está neles inteiramente contida.

Importa a sua própria negação admitir-lhe a extravasão dos compartimentos constitucionais herméticos em que se contém.

Como “poder exclusivo e autodeterminante de dar ordens incontrastáveis, sancionadas pela força” — na conceituação de Sampaio Dória — (17) ou como “grau eminente do poder do Estado” — para Darcy Azambuja (18), a soberania tem como atributos essenciais a supremacia, a exclusividade e a autodeterminação e, como corolários, a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade.

A titularidade dela está com o povo, que é o elemento humano do Estado. Dele é que “emana o impulso vital que faz o Estado agir. Só o elemento

15) “Poder Judiciário — Bases para Reorganização”, 1ª edição, pág. 33.

16) Op. cit., pág. 266.

17) Op. cit., pág. 60.

18) “Teoria Geral do Estado”, 5ª edição, pág. 50.

humano é capaz de vontade e ação”. É, porém, exercitado pela pessoa jurídica do Estado, representativo da Nação, e repartida em funções típicas denominadas administrativas, legislativas e jurisdicionais. Essas funções esgotam o conteúdo da soberania.

Ora, o Ministério Público, a despeito de sua desvinculação hierárquica a qualquer dos Poderes, com o que se mostra investido de um dos atributos essenciais do Poder de Estado, não tem capacidade de opor-se aos demais Poderes.

Eis a defectividade que lhe retira a característica de poder autônomo, reivindicada conjuntamente por organicistas e quartopoderistas.

Não lhe é dado praticar deliberações finais e auto-executáveis. Toda a sua ação se desenvolve no âmbito do Poder Judiciário e tem por finalidade, ora promover, ora fiscalizar, como órgão integrativo da jurisdição.

O ato judicial é simples; porém, o ato jurisdicional é complexo. Revela-o Alcino Salazar em seu “Poder Judiciário — Bases para Reorganização”. (19)

Imperante a regra basilar do sistema contraditório, segundo a qual **ne procedat iudex ex officio**, evidenciado está que da elaboração desse ato, que consubstancia a prestação de um serviço de poder do Estado, participam outros agentes; um deles — o Ministério Público — com caráter de essencialidade.

Dizer que o Ministério Público é órgão da soberania, no entanto, equivale a afirmar ser ele um dos Poderes do Estado.

A meu ver essa conclusão é inelutável.

Assim, os defensores da conceituação do Ministério Público como **órgão da soberania do Estado**, embora não o digam, avançam na direção da proposta do Quarto Poder.

Na verdade assim é porque, dentro dessa ótica, o Ministério Público deixa de ser visto como agente do Poder Executivo, para ser visualizado como partícipe da soberania do Estado.

Reduzo, com essa constatação, a corrente dos **organicistas** à dos **quartopoderistas**, por evidente analogia de conteúdo entre suas proposições.

5 — O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER EXECUTIVO

Os processualistas, notadamente os processualistas penais, sustentam com veemência maior a colocação do Ministério Público no âmbito do Poder Executivo.

Basta, para atestá-lo, a citação de um dos mais eminentes nomes da processualística pátria, que é o Professor José Frederico Marques, e que assim expõe o seu pensamento sobre a matéria:

(19) Op. cit., pág. 26.

“Sempre sustentei que o Ministério Público nem é um quarto poder, nem tampouco órgão integrante do Poder Judiciário. Adotando a opinião de Tito Prates da Fonseca e Pontes de Miranda (para lembrar apenas juristas não peregrinos), entendo que o Ministério Público ‘não é órgão jurisdicional, mas administrativo’, sendo outrossim, ‘um dos ramos do Poder Executivo’. E perfilhando ensinamento de Allorio, assim escrevi; ‘O Ministério Público está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional’ (Instituições de Direito Processual Civil, 1966, vol. I, pág. 200, n. 112). Todavia, em outra passagem, deixei ressaltado: ‘Isto quer dizer que os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública, isto é do Poder Executivo; mas, como acentuam Glasson e Tissier, com uma certa independência que não têm os funcionários dessa categoria’ op. cit., págs. 200 e 201, n. 112).” (20)

É que, para a construção doutrinária da teoria da relação processual, reputam esses autores imprescindível a estruturação do Ministério Público em um dos pólos do processo, como titular da pretensão punitiva do Estado.

Dão-lhe a condição de parte no sentido formal e no sentido material porquanto, além de sujeito do processo, representa o Estado na relação jurídico-substantiva, contrapondo o **jus perseguendi** ao **jus libertatis** do cidadão.

De maneira clara e enfática é o que diz o Professor Frederico Marques, ao afirmar:

“Não se pode, hoje, desconhecer a qualidade de parte do Ministério Público, porque é ele ponto de referência de uma série de interesses, de natureza processual e material, para que possa ser exercido o **jus perseguendi** do Estado — Administração, quando da prática de crime.” (21)

Para Frederico Marques, jurisdicionais são, unicamente, os atos emanados do juiz, isto é, os de decisão, os de instrução processual e os de documentação. Os atos do Ministério Público são, para ele, considerados atos postulatórios de parte. (22)

A réplica a essa conceituação foi dada de maneira completa e, a meu ver, vantajosamente, por Biagio Petrocelli, na conferência que se acha publicada na “Revista Justitia”. (23)

(20) A Chefia do Ministério Público e a Constituição Federal — **Justitia**, vol. 76, pág. 9.

(21) Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, pág. 39, 2ª edição.

(22) Op. cit., pág. 81.

(23) Nº 61, págs. 171/189.

Nessa conferência, de todos conhecida, Petrocelli demonstra, inicialmente, que o sistema acusatório puro somente existe com a ação penal privada. A partir do momento em que foi afirmado o interesse público na perseguição dos delitos, esse sistema entrou em decadência. O que vige é um sistema misto.

Depois, demonstra Petrocelli que a condição do Ministério Público, no processo, não é de parte. A independência funcional do órgão não se coaduna com essa construção.

De fato, diz ele, parte, “sui generis” nada diz; **parte pública** exclui a vinculação a interesse e, sem interesse, não há parte; **parte em sentido formal** é enunciado de conceito vazio; e **parte imparcial** é flagrante “*contradictio in terminis*”.

A verdadeira parte, como destinatária da prestação jurisdicional, age por força de interesse; o Ministério Público, como órgão do Estado, age, imparcialmente, por imperativo de dever.

Não creio, porém, que a bem montada teoria da relação processual venha a sofrer com a nova conceituação do Ministério Público; além do que, a pretensão punitiva não pode ser considerada como atributo do Poder Executivo, mas sim interesse geral da Nação.

O certo é que, nessa matéria, estamos hoje em face de *lege lata*. É a Lei Complementar nº 40 que prescreve, em seu artigo 1º, que o Ministério Público é considerado Instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

No direito brasileiro, pelo menos, perde interesse o debate que se travava na doutrina a respeito da conceituação do Ministério Público como parte. O tema é, para nós, uma página do passado.

6 — O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO RAMO DO PODER JUDICIÁRIO

O meio de elaboração do ato jurisdicional é o processo, do qual participa, necessariamente, o Ministério Público, nas hipóteses que a lei determina, isto é, em toda a amplitude da jurisdição penal pública e em toda a extensão da jurisdição civil pública.

Essa atuação, o Ministério Público desempenha, como vimos, na condição de órgão essencial à prestação jurisdicional do Estado e não na condição de parte interessada.

Verdade que o instrumento típico da jurisdição é a sentença. Contudo, esta, embora ato formalmente unitário, é substancialmente complexa. Somente adquire força de coisa julgada após a intimação às partes e ao Ministério Público. Sem essa integração, se é ato judicial, ato jurisdicional não é, porque lhe falta a participação essencial do outro ramo do Poder, que é o Ministério Público.

Por aí se vê que nem só o Ministério Público, isoladamente, não constitui poder, como, de igual modo, a Magistratura, isoladamente, também não o constitui.

Assevera ainda, sobre o assunto, Sampaio Dória:

“O que mais caracteristicamente acentua e eleva a função judiciária à categoria de poder, é a prerrogativa de se opor ao Executivo em suas ilegalidades, em seus abusos de poder...” (24)

Mas como isto ela não pode fazer sem o Ministério Público, em virtude da regra segundo a qual o juiz não procede de ofício, duas conclusões daí surgem: a primeira é que a Magistratura, sem o Ministério Público, não é poder; a segunda é que o Ministério Público não poderá jamais integrar o Poder Executivo, sob pena de quebra do princípio de independência e harmonia dos Poderes.

A decisão judicial é fruto de acasalamento do órgão promovente com o órgão judicante. Sem qualquer deles, estamos diante de órgãos defectivos e infecundos, a cada um dos quais faltando uma característica essencial de Poder do Estado, que é, como dito, a capacidade de oposição aos demais poderes. É atributo que somente ambos têm, em ação conjunta.

Dir-se-ia existirem processos em que o juiz sentencia sem a interveniência do Ministério Público. São as questões de interesse privado. Contudo, a atuação em tais lides não é o que caracteriza o poder de Estado. Isto poderá significar ato de autoridade, porém não, ato de poder. De poder é aquele que tem força de oposição a outro poder. E esse ato a Magistratura somente poderá praticar provocada pelo Ministério Público ou mediante sua interveniência.

O Ministro José Geraldo Rodrigues Alkmin, de saudosa memória, em brilhante conferência feita em Guarapari, por ensejo do II Congresso Nacional do Ministério Público, no ano de 1973, após jogar habilmente com duas idéias antagônicas a respeito de posição constitucional do Ministério Público — pondo frente a frente os pensamentos de Carnelutti e Biagio Petrocelli, assim marca a sua posição sobre o tema:

“Tenho para mim, na verdade, o problema é de somenos, quanto à ubiquação constitucional do Ministério Público. O que importa são as garantias e a segurança dos meios para o exercício das funções que lhe deviam ser cometidas, na própria Constituição, independentemente de incorporá-lo ao Poder Judiciário. E neste ponto, as restrições que se façam ao pensamento de Petrocelli são de inegável procedência. Bem sabeis que, na forma de Governo que nos rege, a dois poderes se atribui a chamada realização do direito: ao Executivo e ao Judiciário. Ora, a distinção entre a atividade jurisdicional e administrativa afasta

(24) Op. cit., pág. 268.

positivamente a hipótese de que as atividades concernentes à defesa da ordem jurídica, através da investigação e da promoção de medidas tendentes à persecução criminal, possam enquadrar-se no conceito de jurisdição. Nem seria conveniente, à própria ordem jurídica, que o fosse. É que sabeis da desconfiança — creio que justificável — com que se encara o princípio inquisitivo. E a desconfiança — permito-me dizê-lo — não se prende somente ao **ne procedat iudex ex officio**. Não é tão-só a iniciativa do procedimento penal, de ofício, que pode marear a segurança da imparcial serenidade com que as causas devem ser decididas. A ampla liberdade investigatória conduz, igualmente, aos preconceitos e à possível quebra do equilíbrio na apreciação das razões expostas no contraditório. Ainda há pouco, reproduzíamos o pensamento de Carnelutti sobre o destacar-se, o Ministério Público, do Juiz. Se a este se confiasse a função de investigar, também estaria comprometida, pela possibilidade de preconceitos resultantes da investigação, a sua imparcialidade. Nem se diga que, hoje, os juízes dispõem de poderes instrutórios. Eles lhes são limitados ou restritos a elementos constantes nos autos. Ora, a pretendida incorporação, advogada por Petrocelli, do Ministério Público aos quadros da ordem judiciária, iria restaurar, em toda a plenitude, o sistema inquisitivo.”
(²⁵)

Há, nesse posicionamento, “data venia” da grande autoridade do mestre que o sustenta, duas embaraçantes dificuldades, a meu ver intransponíveis na doutrina da soberania do Estado.

A primeira delas está na afirmação de irrelevância quanto à busca de uma definição constitucional para o Ministério Público.

Com efeito, num ponto, pelo menos, parece estar acorde a maioria dos estudiosos do assunto: o ofício do Ministério Público é exercido em nome da soberania do Estado. Não é mais concebível o membro do Ministério Público, como um agente ligado institucionalmente à hierarquia do Poder Executivo, como o são todos os demais agentes ligados a essa área, mesmo os agentes políticos dos órgãos autônomos, os Ministros de Estado e os representantes diplomáticos.

Acordes nesse ponto, forçosamente deveremos todos estar acordes neste outro: é que, para atuar em nome da soberania do Estado, o Ministério Público precisará constituir um dos poderes ou compor, como ramo independente e autônomo, um dos Poderes existentes, sob pena de virmos a negar a atuação soberana do órgão.

Quando o Ministro Alkmin assevera que o importante é que o Ministério Público tenha assegurados na Constituição os meios para o exercício

(25) Revista **Justitia**, vol. 80, pág. 22 e seguintes.

de suas funções, mais uma vez com a devida vênia, outra coisa não está a fazer senão reconhecer a necessidade do que afirmou dispensável, isto é, a da exata definição constitucional do Ministério Público. Do contrário estaríamos a conceber um órgão destituído de predicação de soberania no exercício de poderes que só podem provir dela, o que seria simplesmente negar um dos seus atributos básicos, que é a supremacia.

Essa mesma dificuldade vejo-a, com igual respeito, no grande mestre Hely Lopes Meirelles, precisamente no Parecer que publicou na coletânea de Temas Institucionais, pela Procuradoria Geral em colaboração com a Associação Paulista do Ministério Público, 1982, quando escreveu:

“Assim sendo, a nosso ver, o correto posicionamento do Ministério Público foi o da Constituição de 1934, que o situou em título autônomo, sem vinculação a qualquer dos Poderes do Estado, atento a que no desempenho de suas atribuições não está hierarquizado ou subordinado a qualquer deles, tendo funções próprias e específicas, inconfundíveis com a de qualquer servidor público.” (26)

Data vênia, se o Ministério Público é exercido por agentes políticos independentes, segundo afirma o mestre, e se agentes políticos independentes, que atuam em nome da soberania, são os representativos dos Poderes do Estado, evidente que o Ministério Público só tem duas posições na Constituição: a de poder autônomo ou a de ramo independente e autônomo do Poder Judiciário.

A outra sustentação da memorável conferência de Guarapari e que também me parece destituída de raízes científicas mais profundas é a que prega a inconveniência para a própria ordem jurídica quanto à reintegração do Ministério Público ao Poder Judiciário, por significar a restauração do sistema inquisitório.

Pelo que se deduz de tudo o que ficou exposto na sustentação que vimos fazendo nesta palestra, a verdade é bem outra.

Com efeito, se houve um tempo em que a Magistratura poderia ter sido considerada como Poder autônomo, esse foi precisamente aquele em que vigorava o sistema inquisitorial.

A ação do juiz dentro desse sistema era totalmente independente e desvinculada de qualquer outro órgão. O seu comando era unitário, porque havia concentração de funções processuais no órgão judicante.

Com o advento do sistema acusatório, a sua unidade cindiu-se e o juiz passou a ser apenas um co-partícipe do ato de jurisdição.

(26) Op. e pág. cit.

Mas, vejamos. O sistema acusatório rompeu com a unidade do ato de jurisdição, porém não o expulsou parcialmente da órbita do Poder Judiciário. Nem isto seria admissível. Centrifugando-se o outro co-partícipe desse ato, que é o Ministério Público, para a órbita de outro Poder, estaria quebrado o princípio de independência e harmonia dos Poderes. E, nesse caso, o sistema acusatório, ao invés de avanço democrático-liberal, teria significado a invasão e o atropelo de um Poder por outro.

Inadmissível ver as coisas por esse prisma.

Se o Ministério Público faz parte do Executivo e é essencial à prestação jurisdicional do Estado, o livre funcionamento do Judiciário fica na dependência de um agente de outro Poder. Nesse caso, deixaria o Judiciário de constituir um Poder autônomo, porque o Ministério Público passaria a representar um interventor do Executivo no Judiciário, e isto importaria a sua negação como Poder.

Então, não só não é inconveniente posicionar o Ministério Público no Poder Judiciário, quanto esse **status** lhe é natural e essa permanência, condição de recomposição e perfectude desse mesmo poder, por significar a reintegração de uma parcela essencial dele, que se desprende com a instituição do sistema acusatório.

Nem é preciso, pois, entrar mais em debate sobre teses estereis, a respeito do perigo que representa à restauração do sistema inquisitorial, a inclusão do Ministério Público no Poder Judiciário.

A restauração desse sistema existiria se se devolvesse aos órgãos da Magistratura o poder de investigação unilateral da verdade, tal como é feito nos procedimentos contravencionais e nos delitos culposos da Lei nº 4.611/65.

Confiado a outro ramo independente e autônomo do Poder Judiciário, com funções específicas, de órgão promovente e fiscalizador da jurisdição, sem liame hierárquico a prendê-lo à Magistratura, não seria sequer cientificamente honesto fazer afirmação dessa natureza, que a experiência jamais viria confirmar.

Daí retirarmos algumas conclusões necessárias. A primeira delas é que o Ministério Público não tem essência de Poder autônomo, mas sua natureza é de ramo do Poder Judiciário; a segunda é que a Magistratura também não reúne elementos para constituição de poder autônomo e sim, do mesmo modo e pela mesma razão, tem natureza de ramo do Poder Judiciário; a terceira é que o ato jurisdicional é complexo. Resulta da ação conjunta de dois órgãos do Estado: o órgão promovente e o órgão judicante.

Com base nessas proposições, apresento a seguinte proposta de reforma constitucional, com referência ao Poder Judiciário:

³² R. Art. Minist. Públ. Dist. Fed. Terit., Brasília, v. 1, n. 1, p. 17-35, 1985

7 — MINISTÉRIO PÚBLICO — PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO

Do Poder Judiciário

Art. O Poder Judiciário é exercido pela Magistratura e pelo Ministério Público, autônomos e independentes entre si.

Parágrafo único. Lei Complementar estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos e aos deveres da Magistratura e do Ministério Público, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes.

Seção I — Da Magistratura

Art. A Magistratura é exercida pelos seguintes órgãos:

- I — Supremo Tribunal Federal;
- II — Conselho Nacional da Magistratura;
- III — Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais;
- IV — Tribunais e Juízes Militares;
- V — Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI — Tribunais e Juízes do Trabalho;
- VII — Tribunal e Juízes do Distrito Federal e dos Territórios;
- VIII — Tribunais e Juízes Estaduais.

(Seguem-se os atuais arts. 113 a 144 da Constituição).

Seção II — Do Ministério Público

Art. O Ministério Público, instituição nacional permanente e essencial à função jurisdicional, é o órgão do Estado responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição, das leis e dos direitos e garantias individuais.

Art. O Ministério Público é exercido pelos seguintes órgãos:

- I — Ministério Público Federal;
- II — Conselho Nacional do Ministério Público;
- III — Ministério Público Militar;
- IV — Ministério Público do Trabalho;
- V — Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;
- VI — Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios;
- VII — Ministério Público Estadual.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional:

§ 2º São funções institucionais do Ministério Público:

I — velar pela observância da Constituição e das leis e promover-lhes a execução;

II — representar por inconstitucionalidade ou para a interpretação da lei ou ato normativo, nas respectivas áreas de atribuições;

III — promover, com exclusividade, a ação penal pública e requisitar a instauração de inquéritos, podendo presidi-los e advocá-los;

IV — promover, na forma da lei, a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, dos interesses difusos e dos interesses indisponíveis da comunidade;

V — promover inquérito administrativo para instruir a ação civil pública;

VI — exercer outras atribuições previstas em lei e que se compreendam nas finalidades institucionais.

§ 3º A atuação do Ministério Público poderá ser provocada por qualquer do povo.

§ 4º Cabe ao Ministério Público promover a nulidade de ato de qualquer Poder e requerer providências para evitar que o mesmo se consuma, nos termos da lei.

Art. O Conselho Nacional do Ministério Público, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se do Procurador-Geral da Nação, que o presidirá, de dois integrantes do Ministério Público da União, de um do Ministério Público do Distrito Federal e de três membros do Ministério Público dos Estados.

Parágrafo único. Ao Conselho cabe conhecer de reclamações contra membros do Ministério Público, sem prejuízo da competência disciplinar deste, podendo avocar processos disciplinares contra os mesmos e, em qualquer caso, determinar sua disponibilidade ou aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, observado em lei orgânica.

Art. Os membros do Ministério Público ingressarão nos cargos iniciais da carreira, mediante concurso Público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral com fundamento em conveniência do serviço.

Art. Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público Estadual.

Art. Os membros do Ministério Público terão as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos, direitos, vantagens, deveres e impedimentos da Magistratura judicial.

Art. A chefia do Ministério Público será exercida pelo Procurador-Geral, eleito, entre os membros da instituição, na forma da lei.

§ 1º O mandato do Procurador-Geral será de 2 (dois) anos.

§ 2º Compete exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa de leis pertinentes à organização e funcionamento da respectiva instituição.

Art. Ao Ministério Público fica assegurada autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria e global.

Parágrafo único. O numerário correspondente às dotações destinadas ao Ministério Público será entregue no início de cada trimestre, em quotas estabelecidas na programação financeira do Tesouro, com participação percentual nunca inferior à estabelecida para os Tribunais mencionados na Constituição e perante os quais oficial.

Art. A União, o Distrito Federal, os Territórios e os Estados terão procuradores para a defesa de seus interesses em juízo ou fora dele; excepcionalmente, tais funções poderão ser desempenhadas por membros do Ministério Público, enquanto não existir órgão próprio.

Art. Onde ainda não houver sido criado, a lei instituirá o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da respectiva unidade federativa, cujas funções serão exercidas pelos integrantes do quadro único do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal e dos Territórios.

XXX

É esta a proposta que trago para o laboratório de nossas altas decisões institucionais, que é São Paulo, vanguardeiro nas pugnas pelo aperfeiçoamento e líder na condução das idéias que têm marcado as diversas etapas de evolução do Ministério Público Brasileiro.

Sou daqueles que acreditam que o aperfeiçoamento institucional trará, por acréscimo, tudo o mais que as lutas de classe têm buscado em prol dos membros do Ministério Público e que, bem analisado, não é mais do que o que a Magistratura judicial conseguiu através de um processo de sedimentação histórica de alguns séculos de antecedência.

A proposta, que nada tem de político, em seu conteúdo, não obstante poderá, se acolhida, ganhar para o Ministério Público algumas etapas no ciclo de sua evolução, tornando-o passageiro do carro-chefe do Poder Judiciário, hoje ocupado inteiramente pelo órgão judicante.