

3 — DOCTRINA NACIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

EDUARDO REALE FERRARI

Sumário: 1. Introdução — 2. O Ministério Público e sua evolução — 3. O Ministério Público e sua relação com os três poderes — 4. Conclusão — 5. Bibliografia

1. Introdução

O presente trabalho visa maior reflexão sobre uma das questões mais discutidas doutrinariamente: a posição do Ministério Público dentro da tradicional divisão tricotômica dos poderes.

Sem se aprofundar nas origens da questão, indagar-se-á da evolução por que passou esta importante instituição como ponto de partida a uma compreensão atual do conceito de Ministério Público.

Nesse sentido, importa uma relevante reflexão sobre sua relação com os três poderes, acentuando-se inclusive sua pertinência constitucional, ora atribuída ao Legislativo, ora ao Executivo, ora ao Judiciário.

Por fim, buscarei analisar a pretensão de ver-se o Ministério Público como um quarto poder, ainda que subsidiariamente correlacionado como os outros três que a doutrina tradicional consagra.

O essencial é, a meu ver, dar-lhe configuração jurídica própria que preserve sua autonomia e a especificidade de suas altas atribuições como instituição de defesa de interesses individuais indisponíveis e de interesses coletivos, ainda que difusos, contrapondo-se a todas as formas de abuso de poder econômico ou de abuso de direito, mesmo contra o Estado.

2. O Ministério Público e sua evolução

Para melhor compreensão da posição atual do Ministério Público, imprescindível, a meu ver, é uma breve análise da evolução histórica de tão importante instituição.

Sem me reportar a presumidos antecedentes do Ministério Público possivelmente discerníveis em instituições gregas, romanas, ou da época medieval, parece-me mais plausível começar o presente estudo a partir do Direito francês.

Embora discutível doutrinariamente, ao que parece, foi no século XIV que, a bem ver, as condições políticas existentes em França propiciaram o aparecimento do Ministério Público com mais clara configuração jurídica.

Desaparecido o regime feudal, a administração da justiça necessitou de uma regulamentação estável, na qual a magistratura surge como uma ordem permanente e sedentária, reconhecendo os monarcas a necessidade de instituir, junto aos tribunais, advogados e procuradores que mantivessem a autoridade da coroa como símbolo do mandamento legal e do interesse da nação contra as prerrogativas dos grandes vassalos e as pretensões do foro eclesiástico.

Aos poucos, essas funções foram se ampliando, e, devido a múltiplos fato-

res, ocorreu a acentuação da tutela do interesse público apesar de operar-se em sintonia com os direitos patrimoniais da coroa ou seus planos políticos.

Com o correr do tempo distinguiram-se diversas categorias de patronos na tutela dos bens jurídicos, tais como a dos advogados do rei, a dos defensores dos bens dominiais e a dos incumbidos de zelar pelos interesses sociais —, o que não impedia que tais atribuições se concentrassem em um só agente — mas sempre sob a égide do critério e vontade do monarca que, no mais das vezes, se confundia com a vontade do Estado.

Embora haja discussão sobre a anterior existência de tais defensores da ordem jurídica, parece certo que foi tão-somente no século XIV que eles começaram a exercer funções de natureza parajudiciárias, quer em matéria criminal, quer em outros campos de caráter privado ou público.

É, com efeito, o século XIV o momento em que a generalidade da doutrina situa a origem do Ministério Público, constituído em virtude de uma Ordenação (*Ordonnance*) francesa, quando o soberano Felipe IV incumbiu seus procuradores da defesa judicial de seus interesses, sendo, por isso, denominados “gente do rei”.

Nesse sentido, Cesar Salgado aduz ser a Ordenança de 25-3-1391 a certidão de batismo do Ministério Público, muito embora tenha surgido como expressão do poder pessoal do soberano.

Foi apenas com o advento da Revolução Francesa que se deu uma distinção essencial entre a pessoa jurídica do Estado e a de seus governantes, o que não podia deixar de refletir-se no contexto do Ministério Público, por sinal que recebido, a princípio, com certa desconfiança. Prevaleceu, porém, a idéia de manter-se a instituição, mas com necessária reforma em sua estrutura e atribuições. Os “advogados do rei”

passaram a ser, em suma, “advogados do povo”.

Tais reformas decorriam, como se vê, das próprias transformações sócio-políticas por que passou a humanidade, especialmente a partir do século XVIII, com a derrubada do absolutismo e a implantação progressiva dos primeiros modelos de Estado de Direito, cuja concepção é incompatível com um Ministério Público constituído como mera projeção do poder, e não como expressão de valores transpessoais.

Foi o que aconteceu, de início, em França, onde a instituição começou a adquirir um *status* relativamente autônomo, revestido de funções de ordem jurídica, destinadas à defesa do interesse coletivo como tal, retirando-se-lhe as de natureza política pertinentes aos bens dominiais, transferidas a outros órgãos especializados.

Isso não significou, todavia, desde logo, a sua total desvinculação do poder real, pois um decreto de 1790 ainda estabelecia que a escolha dos membros do Ministério Público cabia livremente ao monarca. O fato, porém, de serem vitalícios, só podendo ser demitidos pela prática de corrupção, já lhes conferia inegável garantia e isenção no exercício de suas atribuições.

Cabe notar que, em 1810, o Ministério Público é reorganizado, em França, por uma lei que lhe atribui de forma expressa, funções de representação do Poder Executivo junto à autoridade judiciária para defesa de direitos dos cidadãos e da administração pública, primeira tentativa de situá-lo como elo de ligação entre os poderes do Estado.

De qualquer modo, fato é que, realizados os ideais de igualdade entre os homens com imposição de direitos e deveres, com a salvaguarda dos direitos e garantias individuais do cidadão, compreendeu-se a necessidade de confiar a um órgão especialmente constituído com a finalidade de proteger, concomitan-

temente o interesse público e interesses e direitos essenciais ao indivíduo enquanto titular da cidadania.

Ora, o exemplo francês, superado o trauma causado pelas guerras napoleônicas, acabou se impondo a todos os países do continente europeu, não se devendo olvidar que, na Inglaterra, a mesma exigência de defesa dos interesses individuais levou à criação de entidades análogas, mas inseridas na experiência secular do Direito anglo-saxão.

Por outro lado, em aditamento às apontadas transformações políticas, sobrevieram profundas alterações no plano econômico e tecnológico, as quais tiveram como consequência o superamento do alheamento do Estado perante o fato cada vez mais grave de haver imenso número de cidadãos desprovidos de capacidade de defender seus direitos fundamentais, o que impôs a necessidade de reforçar a posição jurídica do Ministério Público, enquanto defensor dos direitos populares.

Parece-me inegável essa correlação entre o crescente intervencionismo do Estado e as modificações operadas na estrutura e fins do Ministério Público. Diante da complexidade das diversas formas de relação ocorridas na sociedade, teve ele de atuar, com efeito, sempre mais como “agente ou promotor social em geral”, não fazendo sentido sua mera atuação no campo penal ou de agir a favor de determinadas pessoas ou instituições. Passava a ser, principalmente, fiscalizador e defensor da aplicação das leis e da Constituição, personificando-se como órgão de defesa dos interesses sociais em juízo, até mesmo contra o Estado.

Pode dizer-se que essa linha evolutiva também foi seguida em Portugal.

É no século XIV que a doutrina portuguesa situa o aparecimento do Ministério Público como organização estável e permanente, sendo nomeados

os procuradores ou advogados do rei, encarregados dos negócios do fisco e da coroa. Não havia, porém, cargos permanentes e institucionalizados, visto como as nomeações dos agentes ou promotores se destinavam a casos específicos.

Já no tempo de Afonso III aparece o cargo de “procurador do rei” com características de permanência e o privilégio de “chamar à casa do rei” as pessoas que com ele tivessem pleitos a dirimir.

Como em França, também em Portugal se reconheceu, posteriormente, a necessidade de estabelecer uma organização representativa da sociedade junto aos tribunais, aparecendo o Ministério Público com uma fisionomia própria por assim dizer parajurisdicional, pois sempre é ele considerado uma magistratura dotada de poder jurisdicional.

Sob a influência das já expostas transformações e a posterior implantação do regime liberal, também em Portugal o Ministério Público sofreu natural reestruturação, e diversas disposições legais ao longo dos séculos seguintes tentaram atribuir a esse órgão um caráter mais autônomo e participativo como agente de defesa dos valores pertinentes a toda a sociedade, com a amplitude de atribuições a que fiz referência no intróito desta exposição.

3. O Ministério Público e sua relação com os três poderes

Deve reconhecer-se, desde logo, que é iriçada de dificuldade uma rigorosa configuração jurídica do Ministério Público no sistema dos poderes do Estado.

Tratando-se de uma instituição que surgiu desordenadamente na experiência social, dando lugar a disposições legais esparsas, sem corresponder a um único modelo, com atribuições uniformes, diversas têm sido suas definições.

Como afirma Carnellutti “se há uma figura ambígua no processo tanto civil como penal é esta do Ministério Público”.

Neste sentido para uns ele representa os olhos do governo, um ente encarregado de, em nome do Executivo, perseguir os crimes e fiscalizar a função do Poder Judiciário; para outros, é o órgão que vela pela observância da lei, colocando-se como representante de todo o corpo social para assegurar a promoção e a defesa da legalidade; para outros, ainda, é um órgão judicial integrado nos tribunais, ou, pelo menos, exercendo funções junto deles, com iniciativa, representação e controle de direitos e interesses sociais.

Bastam essas considerações para dever-se reconhecer que diversas conjunturas históricas influíram e continuam ainda a influir no modo de conceber-se o Ministério Público. O direito positivo, dos países mais evoluídos, confirma essa característica.

Analizando, por exemplo, as diversas Constituições Brasileiras, vemos que a Imperial de 1824 é omissa quanto ao Ministério Público, sendo previsto apenas, em seu art. 48, que “no juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados (art. 38) acusará o Procurador da Coroa”. No mais, deixava-se a disciplina do assunto à legislação ordinária.

Com o advento da República, a Carta Magna de 1891 manteve a orientação da Constituição do Império, fazendo referência tão-somente ao Procurador Geral da República, nos arts. 58, parágrafo 2.º, 81, parágrafo 1.º, devendo suas atribuições ser definidas em lei. Realizava-se, portanto, o regramento do Ministério Público à legislação ordinária.

Já na Constituição de 1934, surge o Ministério Público como um dos “*órgãos de cooperação nas atividades governamentais*”, ao lado do Tribunal de Contas. Sua organização e atribui-

ções são fixadas nos arts. 95 *usque* 98. Consoante se vê, é dada uma configuração própria ao Ministério Público, cujo chefe, o Procurador Geral da República, passa a ser nomeado pelo Presidente da República com aprovação do Senado Federal, o que demonstra a importância assumida pela instituição no ordenamento constitucional, embora o Procurador Geral possa ser exonerado *ad nutum*.

Todavia, a Constituição de 1946 abandona o critério, aliás interessante, da conceituação do Ministério Público como “*órgão de cooperação nas atividades governamentais*” para, em seus arts. 125 *usque* 128, situá-lo no Capítulo IV relativo ao Poder Judiciário. Quanto à sua competência, é seguida a linha do Estatuto Político anterior, mas sem cuidar de estabelecer parâmetros de vencimentos para os Procuradores-Chefe.

Cumprir lembrar, outrossim, que já é exigido que os membros do Ministério Público sejam organizados em carreira, após concurso público, não podendo, após dois anos, ser demitidos senão por sentença judiciária, nos termos da lei.

A concepção do Ministério Público como órgão “junto” aos órgãos judiciais é mantida no primeiro momento do regime tecnocrático-militar implantado no Brasil em 1964, sendo mantido nos arts. 137/139 da Carta de 1967, as mesmas disposições da de 1946.

Grande retrocesso na disciplina da matéria tivemos, porém, com a Constituição outorgada em 1969, na qual o Ministério Público, passa a integrar o “*poder executivo*”, sendo contemplado com três arts., dois deles prevendo que a lei organizaria o Ministério Público da União e dos Estados, dispensada a aprovação do Procurador Geral da República pelo Senado Federal (arts. 94 *usque* 96).

Antes de analisar as inovações na Constituição brasileira de 1988, seja-me lícito tecer algumas considerações sobre

a evolução que, em todo o mundo, desvinculou o Ministério Público do Poder Executivo, do qual foi, por longuíssimo tempo, uma espécie de *longa manus*, dando-lhe a medida de sua interferência na tutela dos direitos individuais e sociais.

Essa evolução acompanha, tudo somado, o progresso da idéia democrática, assistindo razão a Paulo Frontini quando declara “filho de democracia clássica e do Estado de Direito”.

Integrando, com efeito, o Estado de Direito, o Ministério Público não pode deixar de ser forte e independente com garantias e prerrogativas que possibilitem o eficiente desempenho de suas relevantes funções, funções estas que o posiciona como verdadeiro defensor em juízo dos interesses da sociedade em geral. Nessa trilha, o Ministério Público adquire posição de relevo na sistemática constitucional sem, para tanto, chegar a constituir um novo poder.

Foi nesse quadro cultural que a Assembléia Constituinte Brasileira de 1988 houve por bem aditar ao título IV “Da Organização de Poderes”, o capítulo IV denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, disciplinando minuciosamente a organização e funções do Ministério Público Brasileiro, ao qual foi assegurada a mais ampla autonomia funcional e administrativa, até o ponto de poder propor diretamente ao Legislativo a criação e extinção de seus cargos, bem como elaborar, de maneira independente, sua proposta orçamentária, obedecidas as diretrizes fixadas para o orçamento geral da União (art. 127 e seus parágrafos). Isto não obstante, não lhe é conferida competência jurisdicional, na acepção rigorosa deste termo.

Concebido como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, o Ministério Público é incumbido da defesa da “ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses

sociais e individuais indisponíveis”, cabendo-lhe propor inquéritos e ações civis públicas para “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. (arts. 127, e seu parágrafo 1.º e 129, III).

Também em Portugal a Constituição de 1976 veio inverter a tendência de colocar o Ministério Público junto ao Poder Executivo, sistematizando-o num capítulo próprio e dotando-o de um estatuto inovador, ainda que relativamente ambíguo.

Situado no capítulo IV do Título VI, relativo aos tribunais, esta posição permite algumas reflexões até sobre a natureza da instituição e seu relacionamento com o Poder Judiciário. Esse novo regime e, em especial, a previsão de órgãos paralelos, fornecem uma diretiva, ou pelo menos uma importante sugestão para a estruturação de duas magistraturas como carreiras separadas, a dos juizes e a dos promotores, empregando-se o termo “magistratura” em seu sentido lato.

Creio eu, à vista das normas vigentes, que não há uma nítida separação institucional e funcional entre o membro do Ministério Público e o juiz.

Como bem salienta o Prof. Figueiredo Dias, tal separação não pode, porém, “evitar uma ampla correlação e coactuação material das duas entidades dentro do processo penal. Basta ponderar, desde logo, que num e noutro se trata de entidades públicas, órgãos do mesmo Estado, o que tende a conferir-lhes a categoria de magistraturas paralelas, e sobretudo que as atividades de um e outro convergem na consecução de um fim substancialmente idêntico: a perseguição e punição dos criminosos, ou seja, em termo, o cumprimento do dever, que ao Estado incumbe, de administração e realização da justiça”.

Tenta-se, com isso, atribuir certa autonomia ao Ministério Público, po-

dendo ele agora aparecer sob três formas:

1. como integrante do Poder Executivo, na defesa dos interesses pessoais do Estado e dos cidadãos;

2. compondo, juntamente com a magistratura judicante, o Poder Judiciário do Estado; e

3. integrando a ordem judiciária como uma magistratura "de pé" com plenas garantias.

Sob essas diversas formas, acentuou-se a busca de uma mais rigorosa caracterização do Ministério Público.

Afinal, seria ele caracterizado por uma organização simultaneamente judiciária e executiva e por formas políticas de vinculação e responsabilidade, como se dá nos Estados Unidos da América?

Ou, ao contrário, surge ele como entidade judiciária, organizada *ad instar* das carreiras comuns da magistratura, mas com nítida dependência do governo, caracterizada pelo estabelecimento de poderes diretivos ou de vigilância de magistrados e agentes, como ocorre na Alemanha, na Bélgica e em França?

Ou, ainda, não possui a estrutura de uma magistratura autônoma, mas sim a da magistratura comum, muito embora destinada a exercer, dentro do mesmo poder e segundo o estatuto idêntico, atribuições jurisdicionais peculiares, tal como acontece na Itália?

Qualquer que seja a resposta, o que parece descartável é a hipótese de ser o Ministério Público totalmente vinculado ao governo, pois, se assim o fosse, deixaria de ser uma legítima instituição do Estado de Direito.

Resta assim analisarmos se o Ministério Público deve fazer parte do Poder Judiciário, completá-lo, ou, então, radicalizar-se, convertendo-se em quarto poder.

Quanto a constituírem duas magistraturas, ambas integradas no mesmo órgão, tenho sérias reservas, pois temo que seja um eventual e forte vínculo entre os procuradores e os juizes, colocando em causa a própria imparcialidade de ambos, além do que poderia haver uma recíproca proteção entre eles gerando plena impunidade.

Quanto à já lembrada tendência de converter o Ministério Público em quarto poder, são justificadas as apreensões que essa eventualidade suscita.

Não há dúvida que é louvável a característica hoje presente no Ministério Público, no que se refere a unidade, indivisibilidade e autonomia, mas a sua completa independência, à margem dos três poderes tradicionais, levanta sérias reservas.

Compreendida a autonomia como sinônimo de ausência de vínculo de qualquer relação hierárquica, corremos o risco de uma conceituação abstrata. Dizer-se que o agente do Ministério Público, no Brasil, por exemplo, onde a instituição alcançou o máximo de autonomia funcional, guia sua conduta tão-somente com base na lei e em sua convicção pessoal, é algo de discutível, pois, de acordo com a Constituição brasileira, nenhuma questão pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, o que demonstra que este controla a aplicação da lei pelo Ministério Público...

Se é verdade que os atos do Ministério Público, no plano funcional e processual somente estão submetidos à apreciação judicial, cabe concluir que ele não dispõe de uma esfera reservada e exclusiva de poder, a cobro dos três poderes soberanos, como, aliás, a prática o tem demonstrado.

Tais fatos levam a crer que, em razão de contingências múltiplas, de ordem política ou material, o Ministério Público apresenta, às vezes, fortes resquícios de *longa manus* do Poder Executivo.

Tais afirmações são, aliás, confirmadas pelos próprios membros do Ministério Público, sendo prova disto o fato de que alguns deles, indignados com a chefia da Procuradoria do Estado, acabaram por criar a Associação do Ministério Público Democrático.

Paradoxal assim, a “luta” no sentido da conquista do *status* de quarto poder, sem ao menos se desvencilhar, ainda que parcialmente, do poder que detém os meios essenciais à programada independência.

Se não bastassem tais óbices, indague-me afinal da legitimidade *qua talis* de tornar-se o Ministério Público um quarto poder.

Será mesmo que a “sociedade”, representada por todas as classes sociais e políticas, exige a presença de um órgão fiscalizador e promotor, a ponto de lhe atribuir o poder de definir e controlar seu próprio poder fiscalizador?

Será correto dizer, como afirma Alfredo Valadão, que o “Ministério Público se apresenta como verdadeiro poder do Estado e que, se Montesquieu tivesse escrito hoje o *Espírito das Leis*, por certo não seria triplice, mas quádrupla, a divisão de poderes”?

É exatamente partindo da lição de Montesquieu que acabo por negar a existência de um quarto poder.

Entendida, com efeito, a divisão de poderes como um critério de coordenação e cooperação entre poderes, emerge a imprescindível harmonia que deve haver entre eles, não obstante o que cabe privativamente a cada um, preservando-se a unidade do Estado. É exemplo dessa harmônica cooperação a possibilidade do Executivo editar excepcionalmente decretos-leis, bem como a atribuição ao Legislativo de competência para proferir julgamento, como se dá no processo de *impeachment* previsto na Constituição brasileira, sem que tais atribuições conflitem com a imperativa

complementaridade entre os três poderes.

Ora, como órgão de cooperação, entendo que, em última análise, o Ministério Público é indispensável e essencial à administração da justiça, tendo a sua função um *caráter essencialmente instrumental*, a serviço da sociedade, sim, mas na medida traçada genericamente pelo legislador, atualizada concretamente pelo juiz e garantida materialmente pelos agentes do Executivo.

Embora autônomo e participativo, não pode, em suma, o Ministério Público, a meu ver, deixar de atuar como um *órgão de mediação* entre os poderes do Estado, ora propondo ações que cabe ao Poder Judiciário julgar; ora elaborando projeto de lei sobre sua própria organização, mas cabendo ao Legislativo aprová-lo ou não; ora exercer controles sobre atos administrativos, quando previsto na Constituição, mas competindo a decisão final às autoridades administrativas mais altas ou ao Poder Judiciário. Não dispõe ele, por conseguinte, da “competência da competência”, que, no dizer sábio de Jellinek, é o apanágio do poder soberano.

4. Conclusão

Diante do exposto, verifica-se uma enorme dificuldade em se encontrar um conceito único de Ministério Público.

A tarefa torna-se ainda mais difícil, caso notarmos que inexistem princípios gerais abstratos, pois a sua caracterização depende do que dispõe a Constituição de cada país.

Tudo somado, no entanto, poder-se-á afirmar que o Ministério Público se apresenta prevalentemente como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e à salvaguarda dos interesses individuais e so-

ciais indisponíveis, atuando com órgão de mediação entre a sociedade civil e os poderes soberanos do Estado.

5. Bibliografia

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra, 1974.
- GOMES, Mauricio Augusto, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, in *Revista dos Tribunais*, 635 - setembro de 1988.
- INACARATTO, Marco Antonio. *O Ministério Público na Ordem Jurídico Constitucional*, in *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar./1979.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in Italia — La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Turim, 1985.
- RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son passé et son avenir*, Paris, 1967, p. 7 e s.
- ROCCA, Franco Morozzo. *Pubblico Ministero*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Giuffrè Editore.
- RODRIGUES, Cunha. *As funções instrutivas do Ministério Público*, conferência proferida na Univ. Complutense de Madrid, 1992.
- . *A Constituição e os Tribunais*, 1977.
- . *Constituição da República Portuguesa*, 2.ª revisão, 1992, 4.ª ed., Estante Edit.
- . *Constituição da República Federativa do Brasil*, Saraiva, 1989.