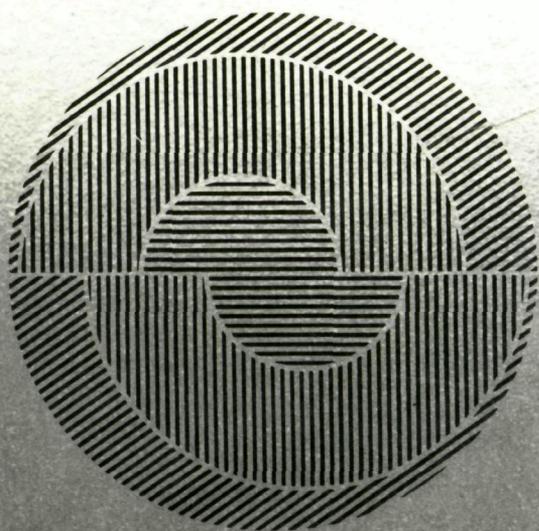


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO — 1992

ANO 29 • NÚMERO 114

Ministério Público, o Novo Poder da República e da Federação Brasileira na Constituição Federal de 1988

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA
Subprocuradora-Geral da República

"Entre todos os cargos... o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Este, como sustentáculo de acusação, devia ser tão parcial como um advogado, e como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal o absurdo psicológico, no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido de equilíbrio, se arrisca — momento a momento — a perder por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polémica, a objetividade sem paixão do magistrado." PIERO CALAMANDREI

"O Ministério Público não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos Juizes, pois age com autonomia em nome da Sociedade, da Lei e da Justiça." PRUDENTE DE MORAIS FILHO

"O Ministério Público representa diante dos Tribunais, a potestade executiva, ou seja a ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena e rigorosa execução da lei. Não é ele o representante do Governo, mas o representante daquela mesma ação executiva da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas." (Grifos no original.) TOMASO VILA

SUMÁRIO

1. Breve histórico. 2. Tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988. 3. Conclusão.

1. Breve histórico

Originado do Egito aos 4.000 a.C., suas funções de "ser língua e olhos do rei", de "castigar os rebeldes", de "proteger os cidadãos pacíficos", de

“acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro”, podem ser consideradas como precursoras das suas atividades atuais.

Já então se podem identificar as funções de representação judicial do Estado, de promotor de justiça, de defensor da sociedade (*custos legis*) e de *ombudsman*.

Trazido ao Brasil pelos portugueses, com uma organização baseada na do Ministério Público francês, estruturado em 1303, foi introduzida no ano de 1587 pelas Ordenações do Reino, que determinava a sua atuação por um dos Desembargadores do Tribunal de Relação da Bahia, com o título de “Procurador da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça”.

Esta atuação, em que pese haver posteriormente um diploma legal, de 9 de janeiro de 1609, que o colocava na composição daquele Tribunal, foi muito incipiente.

Sofreu, a partir de então, diferenciados tratamentos em leis processuais criminais, decretos do Governo Provisório e, finalmente, nas Constituições federais, adquirindo contornos mais nítidos, que ora lhe concediam poderes maiores, ora lhe diminuía a importância, de acordo com os interesses governamentais e a conjuntura política.

Ora, após intenso trabalho desenvolvido por alguns poucos Membros da Instituição, que, tal e qual o “Exército de Brancaleone”, se dedicaram à cruzada para o seu fortalecimento durante a realização da Assembléia Constituinte, pode-se dizer que a instituição começou a delinear o seu perfil para, em uma segunda etapa — na revisão constitucional prevista no art. 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias —, procurar atingir a sua conformação aproximada de um ideal sempre inatingível.

2. Tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988

Assim é que, hoje, temos um Ministério Público situado no contexto da Lei Maior, em Capítulo próprio, o de n.º IV, dentro do Título IV, Da Organização dos Poderes, que lhe confere *status* de Poder Público, gozando de prerrogativas em benefício do Estado de Direito Democrático e da Sociedade.

Senão vejamos:

O art. 127 traz o seu conceito — “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, significando: sem a sua manifestação o Poder Judiciário não pode atuar de ofício, *sponte sua*. E acrescenta o dispositivo: incumbe-lhe “a defesa da ordem jurídica”, no seu mais amplo conteúdo: a obediência à Constituição e às leis, com a sua correta aplicação por todos os jurisdicionados defendendo, também, *et pour cause*, o regime democrático e o Estado de Direito; “dos interesses sociais”, que contém todos os interesses coletivos e difusos e “dos interesses individuais indisponíveis”.

A par desta amplitude na defesa sempre do interesse público, o legislador constituinte entendeu ser de bom alvitre elencar, não em *numerus clausus*, em várias disposições, algumas funções institucionais, consideradas relevantes na conjuntura, como: a defesa do patrimônio nacional (art. 219); do patrimônio público e social (inciso III do art. 129); do patrimônio cultural (arts. 215, § 1.º e 216); do meio ambiente (inciso II do art. 129); dos direitos e interesses coletivos das comunidades indígenas (§ 2.º do art. 210), da família, da criança, do adolescente e do idoso (art. 226 e seus parágrafos); dos serviços de relevância pública (inciso II do art. 120); dos meios de comunicação social (art. 220 e 224); dos direitos assegurados às ações e aos serviços de saúde (art. 197); da educação (art. 208); dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37); exercer o controle da atividade policial (inciso VII do art. 129, buscando fazer prevalecer o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, os objetivos fundamentais da República e da Federação, os princípios informadores das relações internacionais, os direitos assegurados na Constituição, a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio público, a prevenção ou a correção de ilegalidades ou de abusos de poder, a indisponibilidade da persecução penal, a competência dos órgãos incumbidos da segurança.

Cumpre afirmar que, primordialmente, deve zelar pela observância dos princípios institucionais relativos ao Ministério Público — a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional —, para preservação de sua competência e do livre exercício de suas funções.

Estes princípios, informadores da instituição, são os seus pilares, sem o que a sua atuação não seria possível.

Significam:

— o da unidade, que o Ministério Público é uma única instituição: todos os seus membros agem individual e legitimamente, visando ao atingimento das suas finalidades, como um todo único;

— o da indivisibilidade, que, embora atue um membro da instituição em um determinado processo, efetivamente quem age é o Ministério Público, permitindo certa flexibilidade nas substituições dos membros, quando previstas em lei;

— o da independência funcional, que a atuação do membro do *Parquet* é inteiramente independente, não existindo quaisquer vínculos à chefia ou subordinação hierárquica, limitando-se apenas pela lei e por sua íntima convicção.

Também achou por bem o legislador constituinte, arrolar, no art. 129, onde somente deveriam constar as funções Institucionais, já que assim

está expresso no *caput*, alguns instrumentos processuais e procedimentais para permitir o exercício daquelas funções, a meu ver, impropriamente.

Dentre aquelas, de ressaltar:

— a promoção privativa da ação penal pública, com esta providência encerrando as iniciativas de ofício das autoridades policiais referidas a alguns ilícitos penais;

— a promoção do inquérito civil e da ação civil pública (da qual já era titular) para apurar danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente e aos demais direitos difusos e coletivos.

Sua organização se fez à imagem e à semelhança do Poder Judiciário (art. 128): há um Ministério Público da União, subdividido em Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e dos Territórios; e os Ministérios Públicos dos Estados, todos devendo se organizar por lei complementar de iniciativa facultada aos seus respectivos chefes, respeitados os princípios básicos estatuídos na nova Carta Magna (§ 5.º do mesmo artigo).

Impropriamente, também, se introduziu no inciso I do art. 128, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, isto porque este tem características próprias de Ministério Público Estadual, por isso que sua atuação é, apenas, circunscrita ao perímetro do Distrito Federal e, se houver, de território. Não tem atuação federal como sói acontecer com os demais arrolados no mesmo inciso. Foi, assim, um equívoco do legislador constituinte, influenciado por *lobbies* fortes de seus membros, que pensavam assim poder obter maiores garantias. Esta preocupação nem mesmo tinha sentido, já que o capítulo englobou todos os Ministérios Públicos a eles concedendo as mesmas garantias, vantagens, direitos e vedações.

Esperamos que o constituinte de 1993 corrija tal deslize jurídico, situando-o em outro inciso com tratamento idêntico ao conferido aos Ministérios Públicos Estaduais.

No particular, a grande conquista ficou por conta do estabelecimento da escolha e da nomeação do Procurador-Geral da República.

A propósito, em 1980, em Monografia apresentada no Curso Superior de Guerra e publicada na *Revista de Informação Legislativa* do Senado Federal, já esboçara a autora uma proposta de Emenda Constitucional em que sugeria a nomeação do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, após ter sido escolhido por seus pares, dentre os membros da instituição, para exercer um mandato de quatro anos (EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, in "O Ministério Público e seu posicionamento no Estado de Direito", *Revista de Informação Legislativa* n.º 72. Senado Federal, ano 18, out./dez./1981).

Aperfeiçoada essa sugestão, restou fixado no § 1.º do art. 128 o princípio do *check and balance*, admitindo na nomeação do Chefe do *Parquet* a

atuação dos dois poderes: Executivo e Legislativo. O Procurador-Geral da República deve ser escolhido dentre os "integrantes da carreira" de Procurador da República. Seu nome é então encaminhado ao Senado Federal, pelo Presidente da República, o qual o submete, perante a Comissão de Constituição e Justiça, a uma "sabatina" (assim se convencionou chamar a arguição pública, prevista no art. 52, inciso II, alínea e), aprovando-o ou não. Se aprovado, segue a indicação presidencial para Plenário, para ser votada pela Casa Alta do Parlamento. Só então se viabilizará a sua nomeação, pelo Chefe do Governo, cujo exercício durará por dois anos, mandato este que poderá ser renovado, desde que obedecidas às mesmas formalidades.

Para coroar a garantia da estabilidade de sua atuação, a sua destituição ou exoneração, antes do término do mandato, somente se fará com a concorrência do Senado Federal, que deve votar secretamente com o *quorum* de maioria absoluta, para aprová-la.

Com estas providências, tem o Procurador-Geral da República liberdade para agradar ou desagradar o Governo, sem se ver constrangido a solicitar medidas, que em passado recente eram solicitadas.

Terminou, também, a quase "obrigatoriedade" de subir o degrau para o Supremo Tribunal Federal, o que era uma possibilidade a ser preservada com o atendimento às imposições governamentais.

De ressaltar, que o tratamento de poder funcional conferido pela Lei Maior ao Ministério Público também se revela quando lhe assegura autonomia funcional no § 2.º do art. 127, permitindo-se-lhe autogerir, organizando seus assuntos internos, seus serviços administrativos, criando e extinguindo seus quadros de pessoal e provendo os cargos respectivos, relativos à atividade-meio, e à atividade-fim.

Para tanto, necessário se fez, por coerência lógica e jurídica, conceder-lhe ainda a autonomia financeira (§ 3.º do mesmo artigo), obrigando a entrega de suas dotações até o dia 20 de cada mês (art. 168), limitada aquela, apenas, pela lei complementar prevista no § 9.º do art. 165.

Cabe uma consideração sobre a referência feita aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas pelo art. 130.

A respeito do assunto, já se manifestara a autora em parecer acolhido por unanimidade, como razão de decidir pela 1.ª Turma do Superior de Justiça, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 175-PB, relatado pelo eminente Ministro JACY GARCIA VIEIRA:

"Em vigor, à época da sua edição, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 1, de 1969, e outras posteriores, verificamos ao ler o *caput* do art. 94 que o Ministério Público da União deveria funcionar junto aos juizes e Tribunais Federais.

A ilação que se infere a partir do texto da Lei Maior é a de que a Instituição foi criada, nos idos da antiguidade, e mantida por milênios, com a função primordial de *custos legis*, junto aos magistrados *d'assise*, para promover as ações e obter decisões judiciais.

Sempre e ininterruptamente assim funcionou, porque é sua característica fundamental: mover a máquina judiciária, que não pode andar de ofício.

Assim é que a instituição tem contornos e estrutura típicos e especiais, ausentes em quaisquer outras.

Determinava, ainda, a Lei Maior que o Ministério Público Estadual, fosse organizado por Lei Complementar de iniciativa do Presidente da República, e portanto, obedecendo as regras básicas estatuidas na Seção própria (arts. 94 a 96 da CF/67).

A partir de um determinado momento, para atender a apelos fisiológicos, os funcionários que exerciam cargos no Tribunal de Contas da União, cujas funções, julgavam, se assemelhavam às do Ministério Público, para obter a mesma remuneração, conseguiram impor a mesma designação a lhes ser destinada (Procuradoria do Tribunal de Contas e Ministério Público do Tribunal de Contas).

A par de não constituir este Tribunal, um órgão julgador, na acepção do termo, mas de assessoria técnica ao Poder Legislativo, as funções do Procurador junto a ele são assemelhadas às de auditores, exigindo conhecimentos de contabilidade e economia, não sendo jamais parecidas às do Ministério Público.

Não se trata de minimizar a sua atuação, porque relevantes e importantes. Porém não se pode é querer, por força de mudar uma designação, impor a mudança da natureza jurídica da instituição.

Toda a digressão foi feita para clarear a impropriedade de ter o legislador paraibano incluído os Procuradores do Tribunal de Contas na composição do Ministério Público local, ainda que tivesse declarado a manutenção das respectivas autonomias.

Estava, assim, insito na mente do legislador a impossibilidade de fazê-los parte de uma instituição que nada tem a ver com a sua natureza jurídica.

Dai resultam os problemas advindos, como por exemplo, o de que se trata nestes autos: os Procuradores são parte mas não são efetivamente parte do Ministério Público.

E por isso mesmo não podem ser beneficiados com vantagens conferidas aos membros da magistratura *début*.

Sím, porque *in casu*, não se trata de direito como querem fazer crer os Recorrentes, mas de *vantagem*.

A disposição invocada da Constituição hoje em vigor — art. 130 — para fundamentar a tese dos Recorrentes, não tem, pois, pertinência à espécie, por isso que a determinação visa apenas a aplicação das disposições da seção do Ministério Público aos Procuradores do Tribunal de Contas, quando se tratar de direitos, vedações e forma de investidura.

E quais são estes?

Aqueles a que se refere os §§ 3.º e 4.º do art. 129 (promoção, aposentadoria e forma de investidura) e o inciso II do art. 128 (vedações).

A nova Lei Estadual, de n.º 5.097, de 24-11-88, somente concedeu especificamente aos Magistrados e Membros do Ministério Público, um benefício em caráter excepcional. É o que se lê do art. 6.º ao dar nova redação ao art. 8.º da Lei n.º 5.072, de 23-8-88:

.....

O próprio legislador aqui faz a nítida e expressa exclusão dos Recorrentes. Se quisesse proceder à concessão do adicional também a eles, tê-los-ia incluído na relação do art. 8.º citado.

Foram, assim, os Recorrentes expressamente excluídos pela vontade do legislador.

E se assim não fora, seriam também excluídos por força de não pertencerem ao Ministério Público como membros, mas apenas como composição espúria, mantendo sua autonomia.

Acresce aduzir que se trata de legislação especial, restrita, não cabendo ao intérprete admitir extensões absurdas, de sua aplicação, sob pena de violar a ordem jurídica, por isso que não tem o Poder Judiciário competência para legislar, determinando existir uma vantagem pecuniária expressa na lei.”

Sua inclusão, portanto, no capítulo tem apenas o sentido de lhes estender expressamente direitos, vedações e forma de investidura, já que não sendo membros propriamente da Instituição e merecendo o mesmo tratamento, no particular, a referência era necessária.

De alta relevância a especificação expressa (art. 128) das garantias (inciso I) e das vedações (inciso II) atribuídas aos órgãos do *Parquet*, que lhes são conferidas não como privilégio, mas proteção à independência de

sua atuação funcional, principalmente no que se refere à da inamovibilidade, de ser aplicada referida ao território, e também aos processos em que oficiem.

As vedações se apresentam como extensão dos princípios da moralidade, da segurança jurídica, do respeito à integridade intelectual e da impraticabilidade do tráfico de influência.

A exigência de concurso público de provas e títulos (§ 3.º do art. 129), já existente anteriormente, é também garantia ao livre exercício funcional, assim como a promoção, elevada a nível constitucional por antigüidade e merecimento, obrigando a promoção se figurar o membro por três vezes consecutivas ou cinco vezes alternadamente na lista de merecimento (art. 93, inciso II c/c 129, § 4.º).

Adquiriu, ainda, o órgão do *Parquet* o direito à aposentadoria aos trinta anos de serviço, da mesma forma como é concedida aos magistrados *d'assise* (art. 93, VI c/c art. 129, § 4.º).

Vale aqui uma digressão filosófica: o legislador constituinte ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, no art. 40, expressamente estabeleceu diferenças entre as aposentadorias do inciso III, concedidas ao homem (35 anos de serviço — alínea *a*; 30 anos de magistério — alínea *b*; 30 anos de serviço, com proventos proporcionais — alínea *c*; 65 anos, com proventos proporcionais — alínea *d*) e à mulher (30 anos de serviço — alínea *a*; 25 anos de magistério — alínea *b*; 25 anos de serviço, com proventos proporcionais — alínea *c*; 60 anos, com proventos proporcionais — alínea *d*).

Curiosamente, não manteve a simetria isonômica quanto às juízas. Deixou, assim, de aplicar o princípio da isonomia, que, basicamente, exige o tratamento igual para os iguais e o desigual para os desiguais, como ensina o mestre PAULINO JACQUES:

“No Brasil de nossos dias, portanto, todos são iguais perante a lei; significa tratamento igual para os que se encontram nas mesmas condições e debaixo de idênticas circunstâncias.” (*In Da igualdade perante a lei*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1957, pág. 167.)

Entretanto, a igualdade não pode ser assegurada mecanicamente, como percurcientemente anotou CARLOS MAXIMILIANO:

“Todavia, a igualdade, como garantia fundamental da lei básica, não tem caráter absoluto, mas ao revés, é relativa. Tratam-se igualmente as situações semelhantes e desigualmente situações dessemelhantes. A igualdade assegurada pelas Constituições não é uma igualdade de fato ou material, consistente numa parificação mecânica. Consiste na verdade, numa potencial paridade jurídica de todos os membros da coletividade estatal perante a lei.” (*In*

Necessário se faz assim, que o legislador estabeleça as igualdades de situações na lei para se realizar a igualdade jurídica.

Nesse sentido é o comentário de PONTES DE MIRANDA:

“Para se chegar, no direito, a maior igualdade entre os homens é preciso criarem-se, no mundo fático, mais elementos comuns a todos.” (*In Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV, RT, São Paulo, 1967, fl. 675.)

E mais: “. . . a existência de enunciados de fato, que mostram a igualdade ou a identidade de natureza, não excluem enunciados de fato que assentem a desigualdade dos indivíduos humanos ou a desigualdade de capacidade, tamanho, etc. . . desde que se restrinjam os fatos” (in ob. cit., mesma página.)

É, por isso mesmo, um erro crasso supor que a regra de isonomia possa impedir que se criem desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. O legislador tem exatamente esta função, na sua criação: classificar pessoas, bens e valores, segundo as mais inúmeras variáveis fáticas, tais como qualificação profissional, montante da renda percebida, para lhes poder atribuir conseqüências jurídicas as mais diversas. A lei, quanto aos indivíduos, quase sempre atende as diferenças de profissão, de atividade, de particularidades específicas exigidas para o exercício de determinadas funções, de situação econômica, etc; e quase sempre também distingue a natureza, a utilidade, a raridade dos bens, excepcionalmente colhendo no mesmo comando todos os indivíduos ou todos os bens e valores. E essas distinções são amparadas no agrupamento natural e racional desses indivíduos, bens, valores e fatos, essenciais ao processo legislativo e absolutamente não ferem o princípio da igualdade.

Aí está a relatividade do princípio, que vai variar segundo as opções do legislador para poder distinguir as inúmeras situações heterogêneas da vida e regulá-las segundo o critério político prevalente na conjuntura.

Aliás, nem podia ser diferente, por isso que chegar-se-ia à absurda conclusão de que o Estado estaria cerceado no seu exercício do poder normativo, se o processo legislativo fosse impedido de estabelecer essas diferenças.

A lei pode, portanto, tratar igualmente os iguais e os desiguais, ou desigualmente os desiguais, se quiser; não pode, porém, é tratar desigualmente os iguais.

O que o princípio enseja e exige do legislador é a equivalência real entre os homens, mas tão-só a igualdade de tratamento jurídico para idên-

ticas situações de fato; enfim tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, nada impedindo, e é até aconselhável que o processo legislativo deste expediente se utilize cada vez mais para eliminar ou diminuir as desigualdades reais entre os homens.

Evidentemente que se trata aqui de se corrigirem as desigualdade corrigíveis, as artificiais, moldadas injustamente pelo meio social, como a riqueza, grau de instrução, oportunidade de emprego; as demais, imutáveis, como as diferenças genéticas e inerentes à natureza humana (inteligência, aptidão física) são insuscetíveis de mudança (JEAN-JACQUES ROUSSEAU, in *The Social contract an discourse on the origin of inequality*, trad. inglesa pela Ed. Washington Square Press, Washington-DC., 1977, p. 175).

Também o Professor J. FLÓSCOLO DA NÓBREGA, da Universidade da Paraíba, já afirmava:

“A igualdade não leva em conta as diferenças e desproporções da vida, nem as injustiças que resultariam de aplicar o mesmo tratamento a situações inteiramente desiguais — exigir o mesmo de ricos e pobres, velhos e crianças, homens e mulheres. Foi assim necessário completá-la com o princípio da proporcionalidade, que é a igualdade em sentido geométrico — tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um segundo suas necessidades e exigindo de cada um conforme suas possibilidades.” (In *Introdução ao Direito*, 6.ª Edição, Sugestões Literárias S/A, São Paulo, 1981, p. 27.)

No mesmo sentido é a lição de RUI BARBOSA:

“A regra de igualdade não consiste senão em quinhonar desigualdade aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real.” (In *Orações aos Moços*, Ed. Ministério da Educação e Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1980, p. 20.)

O que se quer deixar claro é: igualdade não se confunde com identidade, como já percebera ARISTÓTELES. Quem se situa em planos diversos, com características diferentes, exercendo funções dessemelhadas não pode ser tratado da mesma forma pela lei ou pelo Administrador Público.

E somente ao Poder Legislativo cabe inovar na ordem jurídica, corrigindo as desigualdades sociais, negado aos outros poderes do Estado tal atividade, peremptoriamente, cerceados que estão ao ofício de declarar o direito existente e aplicável à solução dos litígios. Inovar situações de fato protegidas pelo direito é função exclusiva daquele Poder.

Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, jul./set./57, afirma, com propriedade, o Mestre AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO:

“... a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios normadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (*persönliche Rechtsgleichheit*) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*).

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade, vincula não só o legislador, como o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer discriminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social.

.....
Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (directory provision): *nur in programmatischen Sätzen Wird man an sie erinnert*.

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciando-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muita vez de preponderância de ideias mosônicas, ou do modo de conceber as coisas...,” (fls. 497 e 498.)

Assim é que contém um erro crasso a disposição do inciso VI, do art. 93 aplicável também ao Ministério Público por torça ao disposto no § 4.º do art. 129, na aplicação do princípio da isonomia, desrespeitando as disposições gerais estatuídas no art. 40 da Carta Magna e quebrando a sistemática do seu conteúdo jurídico, devendo ser corrigida para:

“a aposentadoria com proventos integrais é compulsória... aos setenta anos, para os juizes, e sessenta e cinco, para as juizas, e facultativa aos trinta anos de serviço, para os juizes, e aos vinte e cinco, para as juizas, após...”.

Por fim, importa referir a vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas, expressa no inciso IX do art. 129, *in fine*.

Novamente, manifesto meu desaproço por tal situação descaracterizadora da Instituição como um todo, que, desde os primórdios de sua existência, veio acumulando as funções como lembrado no início deste texto.

A respeito do tema, escrevi:

“IV — A REPRESENTAÇÃO JUDICIAL NA DOCTRINA BRASILEIRA

Nossos autores são unânime em considerar a importância de que essa representação se faça pelo Ministério Público. Ei-las:

“O Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância; em vez de ser um simples prolongamento do Executivo no seio dos Tribunais tornou-se a chamada magistratura de pé. Não acusa sistematicamente; *é órgão do Estado, mas também da sociedade e da lei*” (CARLOS MAXIMILIANO *apud* VICENTE RAO, in *Justitia*, São Paulo, vol. 123, out./dez./1983, p. 138) (grifos nossos.)

“Já não se tratava, evidentemente, de meros agentes do Poder Executivo, de *“procureurs du Roi”*, mas de autênticos representantes da sociedade, com o encargo de vingador público contra todos os infratores da Lei” (ELVIA LORDELLO CASTELLO BRANCO, “Aspectos do Ministério Público de Portugal e do Brasil”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 39, jul./set./1973, p. 53) (os grifos são nossos).

“Se a necessidade de fiscalização e defesa sociais nasce com o Poder Estatal e Constituinte, não há como negar que o Ministério Público não decorre da organização formal, mas sim, tem seu nascedouro natural na consciência nacional. É por isso, extraconstitucional ou extra-estatal. A vontade social é delegada ao Estado, em cuja outorga de poderes está o de dirigir-lhe e prover-lhe a tranqüilidade, como seu procurador sendo, *ipso facto*, órgão do Poder Estatal que da sociedade é imanente” (NILTON JOSÉ MACHADO, “O Interesse Público como Determinante da Intervenção do Ministério Público na Ação”, in *Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, Florianópolis, n.º 1, jan./jun./1978, p. 138).

“... não é ele, hodiernamente, braço do Executivo, ou “agente político do governo”, conforme PONTES DE MIRANDA e sim órgão de defesa social, segundo FRANCISCO CAMPOS. O Ministério Público não pode optar por teses que interessem à Administração, mesmo que “decorosamente defensáveis, se violassem elas a sua consciência jurídica e essa verdade precisa ser lembrada, por constituir ele uma nobre e independente carreira que não precisa cortejar qualquer poder” (FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, “Campos Salles e o Ministério Público”, in *Justitia*, São Paulo, vol. 64, jan./mar./1969, pp. 70 e 71).

“Tal atuação intensa levou os Promotores Públicos a preocuparem-se, também com a sorte dos dinheiros públicos, sobretudo

dos municípios. É que, nestes, o procurador da comuna é, normalmente, escolhido mais por ser correligionário do Prefeito, do que por sua capacidade e espírito de luta. Mal proposta ou não bem dirigida a causa, vinha a perecer o interesse público, com repercussão no erário — que é dinheiro do povo e ao povo deve reverter em forma de benefícios gerais...”.

“Com a União e o Estado, por ser, então, o Promotor o seu representante, não havia preocupações maiores” (JOAQUIM MARIA MACHADO, “O Interesse Público Evidenciado”... in *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.ºs 13/14, jan./jun./1979, p. 44).

“O Ministério Público — como bem acentua TOMASO VILA — representa diante dos Tribunais a potestade executiva, ou seja, ação da lei, a ação pública tutora dos grandes interesses sociais, em cujo nome se promove a plena execução da lei. Não é ele o *representante do Governo*, mas o representante daquela mesma ação executiva, da qual o Governo é ministro e que somente da lei deduz as suas normas” (Justificativa de proposta do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo em 1947) (J. A. CÉSAR SALGADO, in “Campos Salles, o Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil”, in *Justitia*, São Paulo, vol. 32, jan./mar./1961, p. 42 (grifos no original)).

V. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Concordes conosco estão também os tribunais superiores, a exemplo do Tribunal Federal de Recursos, que declarou a ineficácia, por inconstitucional, de pedido de Procurador da Fazenda Nacional, que solicitava a intervenção em nome da União, em processo de interesse do Fisco, *verbis*:

“Conflito procedente, dando pela competência para apreciá-lo o MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Cabo Frio, ante a expressa manifestação de desinteresse da União na lide, por seu órgão constitucional de representação judicial, a Procuradoria da República” (Conf. de Compet. n.º 5.023, publicado no *DJ* de 17-11-83, p. 17.809).

Tem a mesma exegese o acórdão proferido no RE n.º 85.135, publicado no *DJ* de 10-3-78, p. 1.174, do Supremo Tribunal Federal:

“Representação judicial da União. Incumbe aos Procuradores da República (...) Art. 95, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal de 1969; ...”

VI. CONTEÚDO DA LEI ORGÂNICA NO BRASIL

Tivemos oportunidade de referir, no histórico deste trabalho, o que existe sobre o assunto na Constituição brasileira.

A antiga expressão: "A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República...", da Carta de 1967, conservando, assim, os textos anteriores foi também mantida na Lei Orgânica vigente: a Lei n.º 1.341, de 30-1-51, *verbis*:

"Art. 30. São atribuições do Procurador-Geral da República:

I —

II — representar a União ou a Fazenda Nacional..."

Contém a proposta de lei orgânica elaborada pela classe, encaminhada ao Ministério da Justiça, no art. 12, a mesma atribuição. Após o seu aprimoramento neste órgão, e elaborado o anteprojeto de lei a ser encaminhado ao Congresso Nacional, resultaram as seguintes disposições:

"Art. 20. A representação judicial da União, interna ou externamente, é privativa dos membros do Ministério Público Federal, sem prejuízo do disposto no § 2.º do art. 95 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Nas comarcas do interior e nos Territórios Federais, a representação judicial da União poderá ser exercida por membro do Ministério Público local, designado pelo Procurador-Geral da República, após indicação do Procurador-Geral da Justiça."

"Art. 22. Em caso de conflito de interesses entre o desempenho das funções institucionais do Ministério Público Federal e de representação judicial da União, o Procurador-Geral da República designará membro da Instituição para atuar como advogado daquela"; em que pese nossa opinião no sentido de que o aparente conflito se resolve naturalmente, por isso que a função de fiscalizar a aplicação e a execução da Constituição e das leis é primordial e deve ser atendida de imediato, entendemos a necessidade da criação da possibilidade de haver as duas designações para evitar maiores problemas na prática. Os menos avisados poderão dar importância apenas a critérios de mera administração, por isso mesmo contingentes e inválidos a se colocarem acima da legalidade, o que levaria à sucumbência do interesse público e ao arbítrio da Administração Pública.

VII. CONCLUSÃO

O estudo da representação judicial no direito comparado veio demonstrar que a separação desta função da de fiscal da lei e de acusador oficial nos processos-crimes, se faz primordialmente nos Estados onde se adota o sistema de dualidade de jurisdição, de origem francesa, que remonta à Revolução e surgiu da interpretação extrema dos novos governantes: a necessidade de se criar uma justiça administrativa, julgadora das ações em que o Estado (na hipótese, substituto do Rei) tivesse interesse; e outra propriamente judicial. Para funcionar como representante do Estado, assim, criou-se, de um lado, a advocacia do Poder Executivo, e de outro, o fiscal da lei e o promotor. Por isso, a imposição da criação do defensor do povo, ou *Ombudsman*, para fiscalizar os atos da Administração.

Nos Estados, entretanto, onde se aplica o sistema de unidade de jurisdição, a divisão perde o sentido, eis que o seu representante judicial não o é do Poder Executivo, mas do povo, do Tesouro Nacional, que também é do povo. Seria impossível, na prática e institucionalmente, separar o fiscal do representante, em razão de que ambas as funções se esvaziariam ou se atrofiariam, distanciando-se da finalidade para que foram criadas.

Ensinou-nos mais o direito comparado que, nos Estados socialistas do leste europeu e do oriente, o Ministério Público exerce, na prática, uma função a serviço do Partido que detém a sua direção, não possuindo independência, deixando de servir como parâmetro para quaisquer comparações com a organização ocidental da Instituição.

Nos países como a Suécia e outros, onde se adota o regime socialista propriamente dito, e onde encontramos a figura do *Ombudsman*, verdadeiro fiscal dos atos da Administração, ora teremos as funções de representação e acusação unidas, ora separadas. Não existe um critério para se determinar por que foi feito de uma forma ou de outra. Necessitaríamos de fazer um estudo mais profundo nas legislações inferiores respectivas para encontrar a explicação, o que, no momento, se tornou inviável, por não termos às mãos os textos requeridos às Embaixadas.

Somente o Ministério Público, instituição apta, tradicional, normativa e materialmente, pode defender o patrimônio público, pois sua atuação é orientada pelo princípio da legalidade e visa ao controle dos atos administrativos e à responsabilidade civil e penal dos agentes públicos.

Os bens, serviços e interesses da União, i. é., do povo, da sociedade, os direitos difusos da coletividade, a serem protegidos

contra as autoridades, fontes estas maiores de lesão ao bem comum, são de tal relevância que não comporta a sua inclusão no âmbito da atuação de meros agentes da Administração, de que dependem e cuja visão se situa nos limites dos critérios do interesse do superior hierárquico.

Compreendida esta necessidade e a distinção teórica entre as funções de fiscal e representante, impõe-se o seu exercício pela mesma Instituição independente, e inspirada sua atuação pelo princípio da legalidade, fazendo-se a separação, na prática, com a designação de dois órgãos diversos, se necessário." (EDYLCEA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA, in "O Ministério Público e a Representação Judicial da União Federal", *Revista Forense*, vol. 303, pp. 57/59).

A experiência, em Portugal, também revelou a impraticabilidade da separação das funções, e, desde 12 de novembro de 1869, um decreto uniu a Procuradoria-Geral da Coroa e a Procuradoria-Geral da Fazenda, terminando com os problemas inúmeros surgidos com a dissociação.

O grande equívoco sobre o assunto se prende ao entendimento generalizado de que o representante judicial da União deve defender o Poder Executivo, como se fora seu advogado em termos comuns. Ledo engano: a uma, porque este não é pessoa jurídica e não pode constituir procuratório; a duas, porque a pessoa física que o exerce é um agente público que deve agir conforme a lei; a três, porque a representação da União em juízo se deve fazer para defender o erário, o patrimônio público, etc., apenas e somente, dentro dos limites da lei em sentido amplo, vedada evidentemente a defesa de atos ilícitos ou ilegais.

Descabem, assim, a separação de funções e a criação de outro corpo de juristas para fazer o trabalho que já é feito, com eficiência, pelos membros do *Parquet*.

13. Manteve a Lei Maior a titularidade do Procurador-Geral para propor a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, inciso VI c/c inciso IV do art. 129), ao lado de outras pessoas físicas e jurídicas, até, porque, esta é função de *custos legis*, própria da Instituição.

3. CONCLUSÃO

Da análise aqui trazida, verifica-se que o legislador constituinte quis conferir poderes suficientes ao *Parquet* no sentido de lhe permitir realize a fiscalização da ordem jurídica como um todo, com o fim de manter o equilíbrio da democracia no Estado de Direito instaurado no Brasil, usando a maior independência possível. Tornou-o, por isso, uma instituição forte, para não amesquinhar o regime político e engrandecer a Nação.