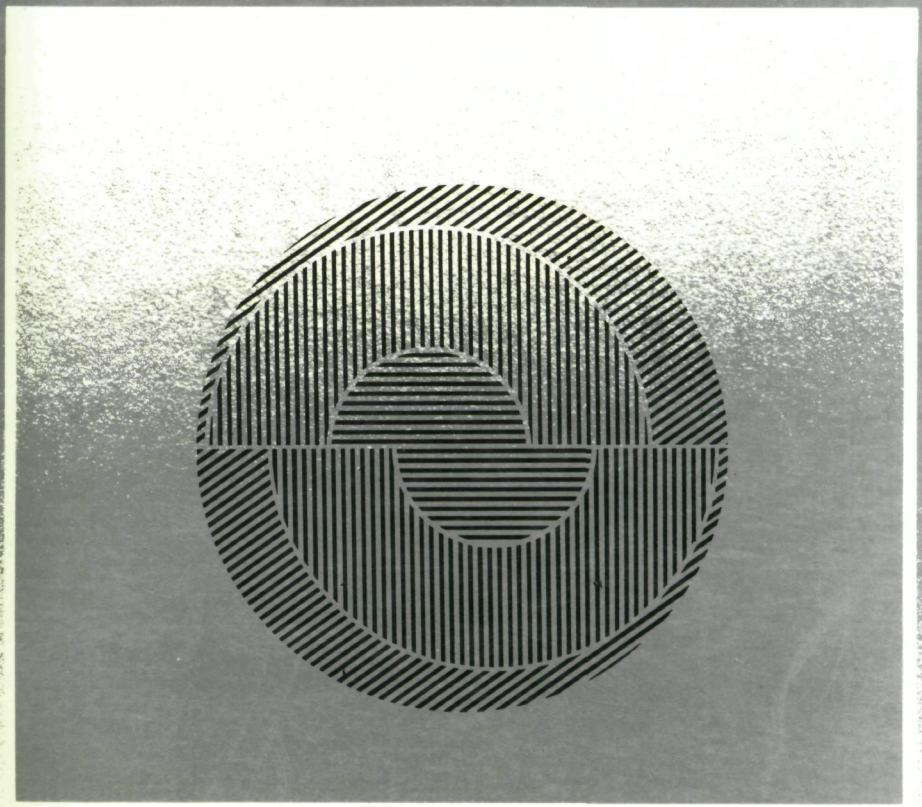
REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1989
ANO 26 • NÚMERO 103

O Ministério Público e sua posição constitucional

José Emmanuel Burle Filho

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

I — *O Estado e o poder*

O poder como fenômeno sócio-cultural pode ser definido como uma "energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins" (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Revistas dos Tribunais, p. 71, 1985).

Não há Estado sem poder político ou estatal. Este é emanação da soberania e por isso superior a todos os demais poderes sociais. Na verdade, estes são reconhecidos pelo poder estatal, que os normatiza, rege e domina.

Como reconhece e proclama a doutrina, o poder estatal é *UNO*. A chamada "tripartição dos poderes" decorre de construção que objetivou e objetiva tão-só banir o absolutismo por parte daquele que porventura exercesse as funções decorrentes e inerentes ao poder estatal. De fato, se tais "funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se *concentração dos poderes*" (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 75).

Observando as funções básicas, os estudiosos, em regra, sempre apontaram três: a produtora de normas gerais, abstratas e impessoais (legislativa); a de administrar, executando o disposto na norma geral e desenvolvendo a atividade estatal (executiva); e a terceira, destinada a dirimir conflitos de interesses (jurisdição).

Daí a repartição do poder em: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

A sistematização final da repartição do poder, feita por MONTESQUIEU, tendo por finalidade evitar, como visto, a concentração de pode-

res, desaguava na criação de órgãos *independentes*, uns dos outros, para o exercício daquelas funções legislativa, jurisdicional e executiva.

O mérito da doutrina, como aponta MICHEL TEMER, reside no "sistema de *independência* entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades" (*Elementos de Direito Constitucional*, ed. Revista dos Tribunais, p. 128, 1984).

A independência do órgão é requisito essencial. Por isso, JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao tratar da "independência orgânica" dos órgãos de cada Poder, ensina que: "Além da especialização funcional, é necessário que cada *órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação*" (ob. cit., p. 73).

De que maneira a Constituição revela essa independência?

A resposta é dada com perfeição por MICHEL TEMER (ob. cit., pp. 130/133), cujas lições serão transcritas ou adaptadas a seguir, à luz da nova ordem constitucional.

"Em primeiro lugar pela circunstância de cada Poder haurir suas competências no Texto Constitucional."

Porém, a Constituição estabelece mais objetivando tal independência.

Assim, no Legislativo, "os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos" (art. 53, da C.F.).

"A razão desse dispositivo é garantir à atuação independente do Legislativo".

Ainda no Legislativo, os parlamentares têm as proibições esculpidas no art. 54, I e II, da C.F., impostas "para a independência da Instituição".

E, "para impedir a ingerência do Executivo, a Constituição confere ao Legislativo a competência para dispor sobre sua organização", funcionamento, criação e provimento de cargos e fixação de seus respectivos vencimentos, "observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (cf. art. 51, IV, da C.F.).

Outras normas constitucionais buscam assegurar a independência do Legislativo: *a*) a que diz serem crime de responsabilidade "os atos do Presidente da República que atentem contra... o livre exercício do Poder Legislativo" (art. 85, II); e *b*) a que determina a entrega "dos recursos correspondentes" às suas "dotações orçamentárias" até "o dia 20 de cada mês" (art. 168).

"Idéias idênticas se aplicam ao Judiciário".

Com efeito, ainda segundo MICHEL TEMER, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como as

vedações (art. 95, parágrafo único), têm em mira "conferir-lhe independência".

Ademais, como no caso do Legislativo, a Constituição Federal prevê para o Judiciário: *a*) a iniciativa legislativa (arts. 61 e 96, II); *b*) o crime de responsabilidade contra o livre exercício do Judiciário (art. 85, II); *c*) a "autonomia administrativa", inclusive com a previsão de que os "tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (art. 99 e seu § 1.º); *d*) o provimento de seus cargos (art. 96, I, *c* e *e*); *e*) propor ao Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e a fixação dos respectivos vencimentos (art. 96, II, *b*); e *f*) a entrega "dos recursos correspondentes" às suas "dotações orçamentárias", até o "dia 20 de cada mês" (art. 168).

Quase todas essas normas, tanto no tocante às funções do Legislativo *quanto às do Judiciário, objetivam afastar a ingerência do Executivo e* assegurar a independência de seus órgãos.

O que se pretende é que numa atividade de cooperação, as funções executiva, legislativa e jurisdicional sejam reciprocamente independentes.

"O Executivo, por sua vez, tem sua independência revelada pelas competências privativas que lhe são atribuídas e, ainda, porque a Constituição lhe confere, independentemente de autorização do Legislativo ou do Judiciário, a direção superior da administração pública, conferindo ao seu Chefe (Presidente da República) o comando supremo do braço civil e do braço militar" (ob. cit., p. 133).

Vale dizer, ao lado da independência, a Constituição Federal confere ao Executivo o poder hierárquico sobre toda a administração pública a ele veiculada. Daí a lição de HELY LOPES MEIRELLES: "Não se podem compreender as atividades do Executivo sem a existência da hierarquia entre os órgãos e agentes que os exercem" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 13.ª Ed. Atualizada, p. 85).

II — *A posição constitucional do Ministério Público*

O exame das diversas normas constitucionais que tratam do Ministério Público revela, limpamente, que a Constituição Federal não o alçou à categoria do Poder, mesmo porque não era o caso, mas, indubitavelmente, disse e bradou que ele no e para o exercício de suas funções é órgão necessariamente independente. Por outras palavras, disse que o Ministério Público deve ter, como os três Poderes, funções independentes, sem a ingerência de qualquer um deles e sem posicioná-lo especificamente em nenhum dos Poderes Públicos.

Para a confirmação dessa assertiva, mister ter em mente que, como fez com o Legislativo e o Judiciário, inclusive, em relação ao Executivo, a

nova ordem constitucional prevê para o Ministério Público: *a*) as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 128, I); *b*) as vedações para seus membros (art. 128, II); *c*) a iniciativa legislativa (art. 61 e 127, § 2.º); *d*) o crime de responsabilidade contra "o livre exercício... do Ministério Público" (art. 85, II); *e*) a sua "autonomia funcional e administrativa", inclusive com a previsão de que a ele cabe propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os", e ao propor a criação de cargos deverá propor, como é óbvio, a fixação dos respectivos vencimentos (art. 127, § 2.º); *f*) a elaboração de "sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias" (art. 127, § 3.º); *g*) a entrega "dos recursos correspondentes" às suas "dotações orçamentárias" até o "dia 20 de cada mês" (art. 168).

Nessa linha e tendo em consideração as normas acima citadas, pode-se afirmar que o Ministério Público não é órgão do Executivo. De fato, se tem independência funcional, não está submetido à hierarquia indispensável às atividades desse Poder, como fala HELY LOPES MEIRELLES na passagem já citada. Tanto é assim que o Chefe do Executivo (e, portanto, todos os seus subordinados) não pode atentar contra o "livre exercício do Ministério Público", sob pena de incidir em crime de responsabilidade (art. 85, II). Tanto é assim que ele detém autonomia administrativa, autogoverno, e, portanto, não sujeito ao autogoverno do Executivo e à sua "direção superior" prevista no art. 84, II.

Poder-se-ia dizer, neste passo, que a situação não é bem assim porque ao Chefe do Executivo cabe nomear o Procurador-Geral da República, na União, ou o Procurador-Geral de Justiça, nos Estados e no Distrito Federal. A objeção seria descabida, uma vez que a ele também cabe nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, sem que isso quebre a independência da função jurisdicional.

Ademais, se a ele cabe nomear, com aprovação do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, por outro lado, não pode exonerá-lo livremente antes do término do mandato de dois anos previsto no art. 128, § 1.º, uma vez que só poderá fazê-lo previamente autorizado pelo Senado Federal (art. 128, § 3.º), e nos Estados e Distrito Federal nem mesmo essa competência tem o Chefe do Executivo, pois o Procurador-Geral de Justiça só poderá ser destituído, antes do término do mandato, "por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo" (art. 128, § 4.º).

Como se vê, a nomeação do Procurador-Geral pelo Executivo, ao lado da autorização para à sua destituição ou a própria destituição pelo Legislativo, nada mais representa daquilo já existente entre as funções independentes do Legislativo, do Judiciário e do Executivo: a fórmula de "freios e contrapesos", de todos conhecida.

Ademais, se ao Ministério Público cabe, como função institucional, "exercer o *controle externo* da atividade policial" (art. 129, VII), à evi-

dência, não pode pertencer ao Poder Executivo na medida em que a atividade policial está inserida dentre as atividades desse Poder. Se ele — o Ministério Público — fosse do Executivo, esse controle não seria *externo*, mas *interno*, isto é, de um órgão sobre outro órgão do *mesmo* Poder.

Nem se diga que o Constituinte não conhecia o significado das expressões "controle externo" e "controle interno", pois, o exame dos artigos 31, 71 e 74, revela, sem sombra de dúvida, que, na Constituição Federal, controle interno é o exercido dentro do mesmo Poder e o externo é o desenvolvido por um Poder sobre outro.

Bem por isso e para cortar de vez o elo que ligava o Ministério Público do Poder Executivo, a Constituição diz que lhe é "vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas" (art. 129, § 2.º).

Firmando e demonstrando que o Ministério Público não é órgão constitucional do Executivo, cabe indagar: então, pertence ele a algum dos outros Poderes?

A resposta, é negativa.

Ao Judiciário é manifesto que não, mesmo porque não foi o Ministério Público tratado como tal no Capítulo do Poder Judiciário.

No Legislativo também não, sem embargo de, pelas funções que lhe foram confiadas (art. 129), ser este o Poder no qual o Ministério Público encontraria melhor posicionamento.

Sei que afirmar que um órgão constitucional não se enquadra em nenhum dos três Poderes é afirmação que causa alguma espécie. Mas deve-se convir, se a Constituição assim quis e determinou, não cabe a nós e ao legislador infraconstitucional querer ou dispor de forma diversa. Cabe-nos, isto sim, interpretar e legislar observando o que determinou e quis a Lei Maior.

Na realidade, só não enquadrando a nova função constitucional independente — criada ao lado das exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, função essa que se pode denominar de defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), isto é, função de defesa da sociedade — em qualquer dos três Poderes é que se pode assegurar a sua independência.

Confirmando o enquadramento do Ministério Público acima exposto, convém notar que a própria Constituição Federal atribuiu-lhe parcela da soberania e, portanto, fração do poder estatal uno, não confiado, como função institucional, a nenhum dos três Poderes Públicos. Refiro-me à função institucional de "promover privativamente, a ação penal pública" (art. 129, I).

Da mesma forma quando a Constituição Federal diz que é função institucional do Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito dos *Poderes Públicos* ... aos direitos" por ela assegurados, "promovendo as medidas necessárias à sua garantia" (art. 129, II), ela, claramente, proclama que o Ministério Público não é órgão de nenhum dos três Poderes Públicos, porém órgão do Estado e da Sociedade encarregado, dentre outras funções, de fazer com que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no exercício de suas funções, respeitem os direitos que ela assegurou. Esta função também representa parcela da soberania do Estado; parcela do poder estatal uno.

Tudo porque "exatamente a explicação do Ministério Público em todas as sociedades modernas e: o órgão institucional do Estado, que não fala em nome do Governo, que nada tem a ver com o Governo. É uma magistratura de pé, dotada de irredutibilidade, da inamobilidade e da irredutibilidade de vencimentos, para dispor de condições objetivas de independência, na perseguição do interesse público primário. É aquilo que a lei orgânica do Ministério Público brasileiro hoje chama de "defesa dos interesses e direitos indisponíveis da sociedade". Não do Estado, mas da sociedade. E a Constituição é um conjunto de normas que trata do Estado, mas trata da sociedade. Dá direitos à sociedade, existe para a sociedade. Foi feita pela sociedade a lei constitucional. E a sociedade tem direitos, tem interesses e consagra princípios e valores que estão acima do interesse da Administração que eventualmente hoje estão em mãos de fulano, beltrano, do partido tal ou da corrente qual. São eventuais, transitórios, passageiros, contingentes, em confronto com a grandeza do interesse público primário, fixado na Constituição e nas leis que — desdobrando a Constituição — fixam, delimitam, dão-lhe conteúdo, sentido e alcance" (cf. GERALDO ATALIBA — *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n.º 54, Edição Especial — "Seminário sobre Tribunais de Contas e a Constituinte". p. 96).

III — *Conclusão*

Ante o exposto, pode-se concluir que o Ministério Público faz parte do Poder Estatal, que, como se viu, é *UNO*, sem, contudo, integrar ou ligar-se a qualquer um dos três Poderes Públicos, dada a posição adotada pela Constituição de 1988, que o alçou, de vez e em última instância, como função independente, ao lado das outras — legislativa, executiva e jurisdicional — também independentes. A Carta Magna assim quis e determinou, por vislumbrar, como já o faziam diversos publicistas, que o Ministério Público exerce a defesa "não de Estado, mas de sociedade" (GERALDO ATALIBA, ob. citada, p. 96). Quer dizer, o Ministério Público exerce função independente que não pode, não deve e não está inserida em quaisquer das funções essenciais e relevantes, exercitadas pelo Judiciário, Legislativo e Executivo.