

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

MÁRCIO ANTÔNIO INACARATO

Promotor Público

- I – Introdução.*
- II – Síntese da Evolução Histórica do Ministério Público – No Brasil.*
- III – A Situação do Ministério Público no Direito Alienígena.*
- IV – Os Limites de sua Atuação: Atuais e Futuros.*
- V – As Dificuldades de sua Localização no Ordenamento Constitucional.*
- VI – O Ministério Público: Órgão da Soberania do Estado.*
- VII – Conclusões.*

I – INTRODUÇÃO

“Só há um bem, a ciência, e só um mal, a ignorância. Quem conhece o bem e age mal é insensato. O sábio nunca julga saber o que ignora, pois, se nada sabe, trata de instruir-se.”

— SÓCRATES —

O Ministério Público é, sem dúvida alguma, a instituição que mais oscilações tem conhecido na marcha irreversível para situar-se condignamente nos vários ordenamentos constitucionais, devido, às mais das vezes, ao completo desconhecimento por parte dos legisladores de suas realizações no contexto jurídico-social, e das potencialidades que oferece, conquanto lhe sejam concedidos os meios adequados para agir.

No Brasil, houve época em que à situação dominante não convinha se outorgassem ao Ministério Público a autonomia e as garantias bastantes para que bem cumprisse suas funções, porque, se assim o fizesse, fatalmente este viria a contestar os interesses dessa mesma situação, cuja manutenção se devia justamente a privilégios injustificáveis e à exploração das classes pobres, até então praticamente desamparadas.

Mesmo porque, a uma certa classe de políticos, sempre se mostrou de extrema utilidade o exercício de um razoável, quando não rígido, contróle sobre os diversos membros da Instituição, impondo a nomeação para suas respectivas áreas de influência daqueles que melhor lhes conviessem, e que melhor se amoldassem a seus interesses de momento, fazendo deles como que arietes para ingressarem à sorrelfa na cidadela da Justiça.

Com o movimento revolucionário, vitorioso em março de 1964, pelo qual se pretendeu o retôrno à moralidade nas coisas públicas, e uma maior seriedade em todos os setores, era de se esperar que a autonomia e as garantias do Ministério Público — baluarte dos direitos dos injustiçados, dos economicamente fracos e da observância da lei — já consagradas parcialmente nos textos constitucionais anteriores, viessem a ser melhor estruturadas, obstaculando definitivamente as injunções extremas sobre o livre exercício de suas atividades.

Não obstante tais injunções hajam diminuído de forma considerável (principalmente nos Estados mais adiantados da Federação) nos últimos tempos, ainda um longo e dificultoso caminho resta a ser palmilhado até que o Ministério Público veja consagrado seu *status* definitivo no ordenamento jurídico-constitucional.

Eis o fim a que nos propomos. Pretendemos expor a relevância das funções exercidas pelos membros do Ministério Público, as potencialidades que lhes estão reservadas como instrumentos e artífices de uma autêntica revolução social, as impropriedades do atual tratamento constitucional da Instituição e a gravidade de tais defeitos, e, finalmente, tentaremos esboçar a solução ideal, que só será possível concretizar-se à custa de muita coragem, perseverança, e do rompimento com graves preconceitos jurídicos medrados no passado.

No momento em que se cogita de estabelecer um Estado com máxima seriedade administrativa, em que todos aqueles que exerçam qualquer função pública sejam plenamente responsáveis pelos atos que praticarem; no momento em que se pretende moralizar a vida pública pela aplicação de severas sanções aos transgressores da lei, inclusive pelo confisco dos bens adquiridos ilícitamente; no momento em que as Forças Armadas se sentem compelidas a assumir funções autênticamente civis, como na constituição das chamadas Comissões Gerais de Investigações (provavelmente por não acreditarem na eficiência das instituições civis), a quem, senão ao Ministério Público, órgão fiscalizador do cumprimento das leis, órgão titular da ação penal, tais tarefas deveriam ser confiadas?

Mas, para que o Ministério Público possa plenamente exercer relevantíssimas funções de fiscalização e vigilância, tanto nos organismos estatais, quanto entre os cidadãos, e sempre em defesa do interesse e da ordem pública e social, e para que, como corolário dessas funções, tenha condições de provocar, de forma efetiva, a condenação ou punição dos infratores da lei, substanciais modificações terão que se realizar no campo das leis processuais penais.

Com efeito, o que se nota no campo das leis processuais penais é uma certa tibieza dos legisladores, relutando em chegar às conseqüências lógicas últimas das premissas estabelecidas inicialmente como verdadeiras. Assim, ao criar a Polícia Judiciária, ao estabelecer na lei o Inquérito Policial como peça inicial de caráter informativo, a fim de servir de suporte fático da Denúncia, ao se firmar aí que, pelo menos em tese, pelo menos teoricamente, seja o

Inquérito Policial uma peça informativa destinada ao Ministério Público, no entanto, confere praticamente ao Juiz a fiscalização e o enderêço final do mesmo, ficando o Ministério Público numa situação por vêzes até constrangedora, e de estupefação, ante a magnitude dos fins que lhe compete atingir e a precariedade dos meios que encontra à sua disposição.

Tais percalços, que podem resultar até na inoperância total do Ministério Público no conduzir a ação penal, devida aos entraves de tôda ordem que lhe podem ser criados, são o resultado, como já dissemos, do desconhecimento da essência, estrutura e finalidades da Instituição no campo da ordem social e jurídica, da inexistência de sua exata e definitiva conceituação na estrutura constitucional do Estado, quando não sejam frutos da má-fé daqueles que ainda pretendem colocar sob rédeas o Ministério Público, com a mal disfarçada intenção de colocar a Justiça a serviço de interêsses próprios nada recomendáveis...

A solução lógica e cristalina será colocar a Polícia Judiciária sob a direção do Ministério Público, visto que êle é o titular da ação penal e o órgão encarregado de levar a prova do crime perante o Judiciário.

A estrutura arcaica sob que se fundamenta nossa organização judiciária está a merecer sérios reparos. Últimamente, a série de crimes praticados pelos chamados "esquadrões da morte" provocou sérias apreensões em todos aqueles que respeitam os postulados da legalidade e da Justiça, e que só admitem a pena máxima, a de morte, quando prolatada pelo órgão competente, depois de ampla defesa do réu. O fato é que, por falta de meios, se viu o Ministério Público impossibilitado de agir, e tais crimes ficaram impunes, e certamente assim permanecerão...

A experiência jurídica dos povos ensina que, para se movimentar a ordem judiciária, há necessidade de um órgão promovente, ativo, dinâmico com meios suficientes para oferecer combate à criminalidade e às burlas da lei.

A magistratura judicante está atenta às lesões dos direitos, mas, pela própria natureza de sua função, não procede de ofício, por conta própria, a fim de que não seja acoimada de parcialidade. E essa suscetibilidade, a prática o tem demonstrado, é, às vêzes, até levada ao exagêro, ao inadmissível, tal o receio de certos juizes de se contaminarem pela parcialidade... Assim, a um Ministério Público autônomo, independente, fortalecido com meios de ação, e com plenas garantias é que se terá que recorrer para a movimentação da máquina judiciária, e o restabelecimento do equilíbrio social, abalado pelo crime.

Ante a relevância das funções do Ministério Público no campo judiciário penal, ante as não menos relevantes funções do Ministério Público nas esferas do Direito Civil, Comercial, Trabalhista, Acidentário, Previdenciário, Administrativo, Fiscal, Eleitoral etc., amparando, por dever de ofício, os menores, incapazes, trabalhadores, acidentados, ausentes, certas instituições como o casamento, a família, as fundações, as pessoas de direito público, é realmente de se estranhar, ainda, no estágio atual de nosso Direito, se tenha que vir a público para a defesa de uma Instituição tão necessária e tão arraigada na consciência jurídica dos povos.

No entanto, ainda agora, na reforma da Constituição de 1967, pretende-se, num retrocesso injustificável, retirar ao Ministério Público as garantias mínimas

para que possa atuar com soberania e independência na ordem jurídica e social.

O presente trabalho o fizéramos com o intuito de dá-lo à publicidade antes que viesse a lume a Emenda Constitucional nº 1, que, praticamente, introduziu nova Constituição à República Federativa do Brasil, o que se concretizou a 17 de outubro de 1969. Todavia, debalde nossos esforços, a nova Constituição surgiu em primeiro lugar. E, justamente, aquilo que pretendíamos evitar com os esforços aqui expendidos — que o Ministério Público fôsse relegado a uma situação menos condigna e inapta aos fins a que se destina — transformou-se em realidade através da citada Emenda Constitucional, com a supressão de algumas de suas garantias, e com a colocação da Instituição na Seção VII do Capítulo VII, que trata do Poder Executivo, e entre a Seção VI, que diz com as Fôrças Armadas, e a Seção VIII, que trata dos Funcionários Públicos. Com respeito à nova colocação constitucional do problema, estudá-la-emos mais amiüdamente adiante.

Por esta razão foi que no início citamos Sócrates, quando afirmou que “só há um mal, a ignorância”. É bem possível que, ao final de tudo, todos os males se resumam neste, e, portanto, foi assim que nos sentimos encorajados a estudar esta Instituição tão pouco conhecida, partindo de suas origens, acompanhando sua evolução, para, finalmente, apresentar a posição do Ministério Público, que se tem reputado a ideal, dentro do ordenamento jurídico-constitucional.

II — SÍNTESE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO — NO BRASIL

Na antiguidade não existia um órgão encarregado de promover a ação penal, exercendo-a do princípio ao fim, tal como hoje conceituamos o Ministério Público. Existiam, isto sim, desde o antigo Egito, até os romanos, funcionários públicos que exerciam determinadas funções secundárias, que hoje cabem ao Ministério Público na totalidade.

Há 4.000 anos a.C., já no Egito havia um corpo de funcionários com atribuições que bem se podem considerar como precursores do Ministério Público de hoje. Eram seus deveres: “I) ser a língua e os olhos do rei do país; II) castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV) ser o marido da viúva e o pai do órfão; V) fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) tomar parte nas instruções para descobrir a verdade.”

Na Roma antiga existiam os defensores da cidade, os procuradores do César, os irencas, os vestores etc., que exerciam, cada um, determinadas atividades que, hoje, no conjunto, são atribuídas ao Ministério Público.

No Direito Canônico existiam os *vindex religionis*, encarregados de fiscalizar o andamento dos processos, e, portanto, com uma das funções do Ministério Público atual. Mas apenas uma.

Na Itália, Manzini e Pertile, procurando avocar para seu país a origem da Instituição, pretendem localizá-lo nos *advocatori di comun de Veneza*, nos *conservatori della leggi* de Florença, nos *avvocato della gran corte* de Nápoles.

Na Espanha, a opinião de Don Galo Ponte Escartin ⁽¹⁾, ex-Ministro da Justiça é de que “*el Ministerio Fiscal es una Institución netamente española*”. Segundo êle, com a derrota das armas castelhanas em Aljubarrota, em 1385, o rei Don Juan I, ao convocar as Côrtes de 1387, em Briviesca, “criou o Ministério Fiscal”, confirmando-se com Juan II, em Guadalajara (1436). Mais tarde, com os reis católicos, na “Nova Recopilación”, foram “Fiscales de Su Majestad”.

E, com as conquistas ultramarinas, especialmente nas Américas, a nova Instituição foi para cá trazida, desempenhando o Fiscal, inicialmente, o cargo de “Protetor Nato dos Índios”.

Hélio Tornaghi, depois de reconhecer que “... o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de um ato legislativo.

Foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em tórno de si várias funções, antes espalhadas em diferentes mãos, foi-se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou”.

Em seguida, declara o insigne jurista que “onde o Ministério Público aparece pela primeira vez em tôdas as suas características é em França, em consequência da reação dos reis contra o poderio dos senhores feudais”. ⁽²⁾ Entende que tal movimento, começado no século XIII, consumou-se no século XIV, com uma Ordenação de Felipe, o Belo, de 23 de março de 1302, que, por outros, é denominada a “Certidão de Batismo do Ministério Público”, e que descreve o Procurador do Rei como um funcionário permanente, com funções específicas, e a obrigação de prometer o reto desempenho do cargo. Após descrever as várias vicissitudes por que passou a Instituição na França, em seus primórdios, observa o citado mestre que as várias invasões napoleônicas a levaram para o resto da Europa continental.

Montesquieu, no seu monumental “De l’Esprit des Lois”, assinalou, de forma memorável, o aparecimento do Ministério Público no ordenamento jurídico:

“Nós possuímos hoje uma lei admirável: é aquela que exige que o príncipe, estabelecido para fazer com que se executem as leis, designe um agente em cada tribunal, com o fim de processar em seu nome todos os crimes”.

“A parte pública vela pelos cidadãos: esta age, e aquêles vivem tranquilos.” ⁽³⁾

NO BRASIL

Para Mário Dias, em sua conhecida obra sôbre o Ministério Público, “a instituição do Ministério Público no Brasil independente remonta ao ano de 1828, pela Lei de 18 de setembro, quando foi criado o cargo de Promotor de Justiça, para ter exercício perante as Relações e os diversos juízos das comarcas.

(1) DON GALO PONTE ESCARTIN, in “*Justitia*”, vol. 62, pág. 82.

(2) HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, vol. III, pág. 137.

(3) MONTESQUIEU, *Do Espirito das Leis*, vol. 1, pág. 101, Ed. Brasil.

Mas o Aviso de 16 de janeiro de 1838 foi, por assim dizer, o verdadeiro ato precursor, no Brasil, da finalidade máxima e característica da Instituição, considerando os promotores como "Fiscais da Lei".

A Lei de 3 de dezembro de 1841 fixou as atribuições dos Promotores de Justiça, das quais, entretanto, as principais eram as de produzir a acusação dos delinquentes e fazê-los condenar". (4)

Já outros e abalizados autores, entre os quais Pimenta Bueno, Evaristo de Moraes Filho, César Salgado, entendem que o "Ministério Público, como instituição do País, constitui obra republicana, em 1890".

Assim dissertou o ilustre César Salgado (5) a respeito:

"A verdade é que nenhum dos estadistas do Império, nem o Cons. Nabuco de Araújo, nem Cotegipe, nem o Visconde de Ouro Preto, e nem mesmo Pimenta Bueno, se lembrou de conferir ao Ministério Público as mais elementares garantias de estabilidade. Ao contrário, negavam-lhas, como se pode ver neste trecho do Marquês de São Vicente, o último dos nomes citados: "Pelo que toca à nomeação e demissão de tais empregados, não pode haver dúvida alguma séria de que isso depende inteiramente do juízo do Governo. Ele é o representante da sociedade, o encarregado e o responsável pelos direitos, ordem e segurança da sociedade. Os membros do Ministério Público não são senão agentes seus, de sua escolha e confiança, são molas de sua autoridade, que devem ser conservadas ou destituídas como êle entender conveniente ao serviço público". (6)

Que o Ministério Público seja obra republicana é também o entendimento de Carlos Maximiliano, nos seus "Comentários à Constituição de 1946", em que, após afirmar que "o Ministério Público adquiriu, com a evolução social, considerável importância, e que 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", leciona em seguida que "foi no Governo Campos Sales — o precursor da independência do Ministério Público no Brasil — que, pela primeira vez, as leis cuidaram de tão importante órgão, através do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, e do Decreto nº 1.030, de 14 de dezembro de 1890". (7)

Na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, doutrinou então Campos Sales:

"O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática, e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado.

Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a

(4) MÁRIO DIAS, *Ministério Público Brasileiro*, vol. I/40, Konfino.

(5) CÉSAR SALGADO, *Campos Sales...*, separata, 1962, pág. 6.

(6) PIMENTA BUENO, *Apostamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*, ed. de 1922, pág. 86.

(7) CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*.

ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada”.

Sobre o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, desta forma a êle se referiu César Salgado:

“Quem entre nós havia conceituado, antes, o Ministério Público de maneira tão alta, como o fêz Campos Sales, no artigo 162 do Decreto nº 1.030?”

Gravemos êsse número enunciado: “O Ministério Público é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal da sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra tôdas as violações do direito”.

Vêde bem: já não é o simples agente do Poder Executivo, o “procureur du Roi”, mas o representante da sociedade, o órgão da justiça, o vingador público da lei contra todos os infratores.

Que noção admirável — sobretudo para aquêles tempos — da importância, da finalidade e das atribuições de uma instituição “político-jurídica”, que os nossos legisladores teimavam em desconhecer!

Foi Campos Sales quem revelou ao Brasil o Ministério Público. Essa glória lhe é indisputável”. (8)

Em artigo recentemente publicado, o mesmo autor J. A. de César Salgado (9), comentou judiciosamente que “infelizmente, os sábios dispositivos dos decretos de Campos Sales não foram mantidos nas leis posteriores, federais ou estaduais. Em lugar das garantias de independência e estabilidade dos membros do Ministério Público, restabeleceu-se a norma de livre nomeação e demissão *ad nutum*.

Os interesses da instituição, bem como os da sociedade por ela representada, tiveram que ceder aos interesses da política, tradicionalmente infensos à ampliação das prerrogativas do Ministério Público.

Os Estados, valendo-se da faculdade constitucional de se organizarem administrativamente, remontam às Ordenações de Felipe o Belo, para considerar os agentes do Ministério Público simples mandatários da confiança do chefe do Poder Executivo.

A norma que passou a vigorar em todo o País, foi, *mutatis mutandis*, a do artigo 8º do Decreto Paulista nº 1.237, de 23 de setembro de 1904, que dispunha: “Todos os membros do Ministério Público são de livre nomeação e demissão do Presidente do Estado...”

No mesmo diapasão é a interpretação do penalista Galdino Siqueira, em sua festejada obra:

“No uso da faculdade que lhe foi conferida de se organizarem administrativamente, os Estados têm provido sobre a constituição e fun-

(8) CÉSAR SALGADO, *Campos Sales...*, separata, 1962, pág. 13.

(9) CÉSAR SALGADO, *O Ministério Público e a Reforma Constitucional*, em “O Estado de S. Paulo”, de 24-9-69.

cionamento de seu Ministério Público, quer por disposições, mais ou menos completas nas próprias leis de organização judiciária, quer por meio de leis e regulamentos especiais.

Em geral, porém, se mantiveram presos à antiga intuição, fazendo dos órgãos da instituição meros delegados ou mandatários da confiança do Poder Executivo, sem autonomia precisa, antes de existência precária ou demissíveis discricionariamente." (10)

Em 1934, reposto o Brasil nos quadros da legalidade, o Ministério Público, "pela primeira vez nos fastos constitucionais do mundo", teve lugar na Constituição brasileira, então promulgada, com o predicativo de "Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais". O princípio da carreira passou a preceito constitucional, complementado pela obrigatoriedade do concurso de ingresso. A estabilidade foi ressaltada, mediante a exigência de sentença judicial ou processo administrativo para a aplicação da pena de demissão.

Culminara com pleno êxito a campanha pelo reconhecimento constitucional do Ministério Público. Restava manter e aprimorar as conquistas que acabavam de ser obtidas, para maior realce da instituição.

A Constituição Brasileira de 1946, nas palavras de Mário Dias, reconheceu e prestigiou consideravelmente a magnitude do Ministério Público, graças ao espírito democrático que a inspirou e aos esforços de ilustres constituintes, entre os quais é justo salientar a atuação eficiente dos dignos Deputados Benedito Costa e Gabriel Passos.

"Igualmente foi notável o trabalho desenvolvido por numerosos representantes da classe, junto ao Congresso, no sentido de ser definitivamente resolvida a questão, nos termos exatos em que ela se apresentou, destacando-se nesse nobre *desideratum* a Associação Paulista do Ministério Público." (11)

Em 1954, reuniu-se em São Paulo, de 21 a 27 de novembro, o "I Congresso Interamericano do Ministério Público", prestigiado pelo comparecimento de representantes de dezoito países, e da totalidade dos Estados brasileiros.

Sobre o referido Congresso assim se manifestou o grande professor argentino Carlos A. Ayarragaray, em seu livro sobre o Ministério Público, estimado um dos melhores no gênero:

"En ocasión de celebrar el Estado de San Pablo el IV Centenario de su fundación (25 de enero de 1954) probó su alto grado de cultura.

Naturalmente preparó y realizó entre otros Congresos el llamado del Primer Congreso Interamericano del Ministerio Público. En la historia de la institución del Ministerio Público no recordar el desempeño del conclave mencionado será grave inadvertência, pues tuvo verdaderamente singular valimiento. Si el pasado gravita y modela el presente, el presente también pone su sello sobre la pétrea inmovilidad de los prejuicios, de los orígenes, de los conceptos y de los localismos..."

(10) GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 2ª ed., pág. 60.

(11) MÁRIO DIAS, obra citada, pág. 42.

“El Primer Congreso Interamericano del Ministerio Público ha perfilado ideológicamente la institución, dándole contenido, relieve y características, y ha ramoneado de la institución bastardías anacrónicas aparecidas en su origen y en su pasado, y cuyos caracteres alteraban como hereditrio resabio, por demás persistente, empañando la gallardía y bondad de la institución. Esta ha quedado a través de ese Congreso de tal modo pulida que, borrados los defectos de su origen y las cicatrices de la lucha, presenta en definitiva una faz de pura fisionomía libérrima, dibujada según critérios de profunda ufanía. El Ministerio Público, tal cual como lo ha estructurado dicho Congreso, inviste una alta autoridad, con las garantías propias de toda magistratura, con función precípua de defensora de la Constitución, baluarte ésta de las garantías del individuo.” (12)

Dentre as conclusões aprovadas nesse Congresso, uma dentre tôdas, reclama destaque, por seu transcendente alcance: é a que recomenda a inserção do Ministério Público em títulos constitucionais como “Órgão do Estado”. Era a rejeição expressa do velho conceito do promotor subordinado ao Poder Executivo. Era a consagração de um princípio, enunciado pela primeira vez em 1947, no Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo:

“O Ministério Público, na qualidade de órgão do Estado e representante da Justiça, promove a defesa dos interesses da sociedade e a observância da lei.”

Em 1957, transcorreu em Havana o II Congresso Interamericano do Ministério Público, no qual foram ratificadas e ampliadas as conclusões do Congresso de São Paulo, como se vê dessa Resolução:

“Os funcionários do Ministério Público são inamovíveis e independentes, e não devem obediência senão à lei.” (13)

O III Congresso Interamericano do Ministério Público, celebrado na cidade do México, em 1963, reiterou as deliberações anteriores, na seguinte conclusão:

“O Ministério Público, na realização de suas funções, “gozará de autonomia e atuará com responsabilidade própria, em face dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; para tal fim, as leis tornarão efetivas essa autonomia e responsabilidade próprias, mediante garantias de inamovibilidade e independência dos agentes do Ministério Público.” (14)

Finalmente, na Constituição Brasileira de 1967, ensina Pontes de Miranda que “foi o Ministério Público colocado em seção do Capítulo VIII que cogita do Poder Judiciário. Frisou-se a sua auxiliaridade à Justiça. Não lhe exageremos a coerência. Prendeu-se mais na forma do que na substância, a êsse conceito exaltador do ofício do Ministério Público. Porque se manteve a demissibilidade *ad nutum* do Procurador-Geral da República, que é o Chefe do Ministério Público Federal em tôda a Justiça, o que permite ao Estado-Membro (e lhe sugere) considerar igualmente demissível o Procurador-Geral do Estado.

(12) CARLOS A. AYARRAGARAY, *El Ministerio Público*.

(13) *Memoria del II Congreso Interamericano del Ministerio Público*, Havana, 1958.

(14) *Memoria del III Congreso Interamericano del Ministerio Público*, México, 1964.

Órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra de mister à concepção do Ministério Público. (Fiquem aqui os nossos votos para que futura emenda constitucional faça eletivos, por eleição direta ou indireta, pelo menos o Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais dos Estados-Membros, do Distrito Federal, dos Territórios, e os Procuradores perante os tribunais federais". (15)

Pela nova Constituição em vigor, promulgada a 17 de outubro de 1969, foi o Ministério Público colocado no Capítulo relativo ao Poder Executivo. Se bem que, de conformidade com a lição supra de Pontes de Miranda, haja agora mais coerência do legislador constitucional na colocação do problema, nem por isto deixa de ser merecedor das mais acirradas e legítimas críticas.

É o que veremos adiante, quando estudarmos a colocação ideal do Ministério Público no ordenamento jurídico-constitucional dos povos.

Eis, em linhas gerais, a síntese da evolução histórica do Ministério Público. Conforme já tivemos oportunidade de ver, ainda que ligeiramente, e o comprovaremos em seguida, a consciência jurídica universal reclama sua autonomia funcional e administrativa, e garantias mínimas necessárias para atuar com independência, ao passo que pressões, injunções e forças não perfeitamente esclarecidas, e, quiçá, de intencionalidade duvidosa, insistem em negar ao Ministério Público o mínimo para que possa impor-se como Órgão do Estado, para melhor desincumbir-se das relevantíssimas funções.

III — A SITUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO DIREITO ALIENÍGENA

O Ministério Público, nos exatos termos em que é hoje definido no direito dos povos, é criação recentíssima. Pertence ao século XIX, e, como instituição dotada das mais amplas garantias, até sua conceituação como "órgão do Estado", faz parte do século XX, ou, mais aproximadamente, dos quatro últimos decênios.

Bem se compreende que se trata de uma instituição ainda não inteiramente sedimentada, cujos contornos mais modernos ainda não penetram mais profundamente na consciência dos cidadãos, como *v.g.*, é o caso de magistratura judicante, que tem suas origens mergulhadas nas raízes do tempo...

Como já tivemos oportunidade de demonstrar, pelo menos em uma oportunidade teve o Brasil a liderança no trato dessa instituição, ao introduzir o Ministério Público nas páginas da Constituição de 1934, o que acontecia "pela primeira vez nos fastos constitucionais do mundo". E em matéria jurídica tal fato não constitui, como poderia parecer a muitos, uma "honrosa exceção", pois nosso País, em muitos ramos do Direito, especialmente no Direito dito Social, tem consagrado em seus textos constitucionais e legais normas precursoras e verdadeiramente revolucionárias.

Desta forma, tirante um ou outro país onde o Ministério Público já se considera sedimentado, estabilizado, a maioria dos Estados da Ordem Interna-

(15) PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, Ed. Revista dos Tribunais.

cional ainda não outorgou aos seus respectivos Ministérios Públicos, o *status* definitivo e o *modus operandi* ideal.

Em linhas gerais, são três as situações em que se encontra o Ministério Público nos ordenamentos jurídicos dos estados mais evoluídos:

1º) Como integrante do Poder Executivo, na defesa dos interesses impositivos do Estado, e dos cidadãos.

2º) Compondo, juntamente com a magistratura judicante, o Poder Judiciário do Estado.

3º) Integrando a ordem judiciária, como uma magistratura “de Pé”, *qui poursuit* (na expressão de F. Jacques), *requirente y vigilante* (na expressão de Carnelutti), com plenas garantias e dignidades, mas tendo seu superior hierárquico subordinado, ao menos formalmente, ao Ministro da Justiça.

Assim, em França, os juizes e os membros do Ministério Público integram uma só carreira, sendo ambos chamados “Magistrados”.

No estudo que realizou sobre a Instituição (*Le Ministère Public*, Paris, *Recueil Sirey*, 1953, 3ª edição atualizada), o jurista e magistrado Francisque Goyet informa-nos que, em França,

“antes de entrar em função, os magistrados do Ministério Público prestam o mesmo juramento que os de cadeira (*siège*) (...). Os magistrados do *parquet* podem ser nomeados magistrados de *siège* e vice-versa (...).

No interior de cada Côte ou de cada tribunal, não existe nenhuma subordinação recíproca entre os magistrados de *siège* e “aquêles du *parquet*”. O Procurador-Geral e o Procurador da República têm a mesma posição protocolar que o Primeiro-Presidente e o Presidente do Tribunal; ambos são chamados a apreciar o trabalho e a conduta dos magistrados de cadeira e dos juizes de paz, concorrentemente com o Primeiro-Presidente e o Presidente do Tribunal. Por demais, o Procurador-Geral vela, nos termos do artigo 45 da Lei de 20 de abril de 1810, pela manutenção da ordem em todos os tribunais (...)

Os magistrados *du parquet* usam a mesma indumentária que os magistrados de *siège* (Decreto de 2 nívoso do ano XI, isto é, 1804). Além disso, para todos os atos exteriores de suas funções, eles usam um cinto de seda branca com borla de ouro, nos cargos de Procurador-Geral, e um cinto vermelho carmesim com borla preta, nos cargos de primeira instância (Decreto de 13 de junho de 1858, artigo 3º). Na audiência, os magistrados do *parquet* falam de pé, mas podem ficar cobertos, mesmo quando lêem peças; e permanecem sentados durante o pronunciamento de decisões ou do julgamento. Eles assistem às reuniões plenárias e têm voto deliberativo, quando a deliberação não implica em questões contenciosas.

Existem as mesmas incompatibilidades, tanto para os magistrados do Ministério Público, quanto para os magistrados de cadeira (...).

Em caso de ausência ou de impedimento do Procurador da República, ele é substituído pelo substituto mais antigo; e, na falta deste, pelo mais

antigo juiz-suplente ligado ao *parquet*. Na falta do substituto ou de juiz-suplente ligado ao *parquet*, o serviço do *parquet* é assegurado por um juiz ou por um juiz-suplente designado pelo Tribunal (...).

Durante a audiência, em caso de impedimento dos magistrados do *parquet*, um magistrado de *siège* pode ser designado para atender às funções (remplir) do Ministério Público."

Não obstante a circunstância de ser integrado por magistrados, o *parquet* francês é organizado com respeito a liames hierárquicos, numa escala de subordinação que se prende, na cúpula, ao titular da *Garde de Sceaux*, que é o Ministério da Justiça da República. De sua posição, como Chefe do Ministério Público, o Ministro da Justiça exerce sua autoridade, diretamente sobre o Procurador-Geral junto à Côrte de Cassação, e sobre os Procuradores-Gerais junto das várias Côrtes de Apelação do país.

"Os membros do Ministério Público, em conformidade das ordens que recebem, devem, segundo o caso, intentar a ação pública ou abster-se de pô-la em movimento, e sua recusa no se conformar com as ordens recebidas expõe-nos a medidas disciplinares que podem chegar a sua demissão" (*révocation*).

"A questão de saber qual seria o liame de dependência que ligaria o Procurador-Geral e o Ministro da Justiça, para as questões puramente judiciárias, tinha sido agitada no seio do Conselho do Estado, em sessão de 16 de outubro de 1804. Foi Treilhard quem, no curso da discussão, desenvolveu os princípios ainda vigentes: o Procurador-Geral é obrigado a conformar-se com as ordens que receber do Guarda dos Selos, para iniciar um processo; contudo, em seguida, nenhuma ordem superior pode deter suas conclusões. Há mais: o Guarda dos Selos não pode ordenar ao Procurador-Geral que se abstenha de processar. Por isso, escreveu Mangin, antigo Procurador-Geral em Poitiers, no ano de 1821, Conselheiro na Côrte de Cassação, de 1826 a 1829, no seu *Traité de l'action publique et de l'action civile*: a ação pública não pertence ao Ministro da Justiça: êle pode prescrever seja ela intentada, mas a lei não o autoriza a vedar seu exercício."

Na Bélgica, conforme se lê nas *Pandectes Belges*, vol. 65, págs. 345/347 e 602:

"Le ministère public est une magistrature placée près des cours et tribunaux pour y représenter et défendre les droits de la société."

"Le ministère public est indépendant des tribunaux et des particulières; comme appartenant à la magistrature, il est indépendant du gouvernement pour les actes de magistrature, proprement dits, en ce sens que, lorsqu'il n'obeit qu'à sa conviction."

Nos Estados Unidos da América o Ministério Público constitui o Departamento da Justiça, dirigido pelo "Attorney General", que integra o gabinete do Presidente da República, e está a êle, e só a êle, diretamente vinculado. O seu Procurador-Geral, possui as credenciais de Ministro de Estado e membro do gabinete, e, vagando-se o cargo de Presidente da República, o

Procurador-Geral poderá ser chamado a ocupá-lo, pois lhe cabe o sexto lugar na linha de sucessão do Governo (“Judiciary Act”, de 1789).

Na Bolívia, que é uma das nações precursoras do tratamento constitucional da instituição, o artigo 123 da Lei de Organização Judiciária estabelece:

“El Ministerio Público es una magistratura compuesta de los agentes del Poder Ejecutivo en los tribunales y juicios para representar la sociedad en todas las causas que le interesan y requerir la aplicación y ejecución de las leyes.

Se ejerce a nombre de la Nación por las comisiones que designe la Cámara de Diputados, por el Fiscal General, los Fiscales de Distrito, los de Partido y los Agentes Fiscales.”

No Chile, a matéria é regulada pelo Código Orgânico dos Tribunais, em cujo artigo 352 se lê:

“Os promotores gozam da mesma inamovibilidade dos juizes, têm o tratamento de Senhoria, e desfrutam das honras e prerrogativas atribuídas aos juizes pelos artigos 308 e 309.”

“Artigo 360 — O Ministério Público é, no exercício de suas funções, independente dos Tribunais de Justiça, junto aos quais é chamado a intervir.”

A Lei Orgânica do Ministério Público da Guatemala estatui no artigo 60:

“O Procurador-Geral da Nação terá categoria de Ministro de Estado e gozará dos privilégios e imunidades correspondentes.”

Na República Dominicana, a Lei de Organização Judiciária estabelece:

“Artigo 60 — Os funcionários do Ministério Público têm a mesma categoria que o Presidente da Corte ou juiz perante quem exerce suas funções.”

A Constituição da Colômbia preceitua no artigo 142:

“Os funcionários do Ministério Público terão a mesma categoria, remuneração, privilégios e contribuições, conferidas aos magistrados e juizes perante os quais servirem.”

A Lei do Ministério Público da Nicarágua dispõe no artigo 4º:

“O Procurador-Geral da República gozará de independência de ação e de opinião no exercício de suas funções e das imunidades e prerrogativas do Ministro de Estado...”

No Peru, prevalece o mesmo critério, segundo o disposto no artigo 334 da Lei Orgânica do Poder Judiciário:

“Os funcionários do Ministério Público têm os mesmos direitos e deveres dos juizes, salvo no que é peculiar de uns e outros, e são independentes no exercício de suas funções.”

No Uruguai, a Constituição (artigos 242 e 245) concede as mesmas garantias de estabilidade e acesso na carreira aos magistrados e membros do Ministério Público.

A autonomia do Ministério Público está expressamente declarada no artigo 21 da Lei da Procuradoria da Nação da Venezuela:

“O Ministério Público terá as atribuições e deveres estabelecidos nos Códigos..., livre da interferência ou da intervenção em suas funções de qualquer dos Podêres Públicos.”

Na Espanha, onde os membros do “Ministério Fiscal”, desde 1870 gozam das mesmas garantias, vantagens e dignidades que os “Jueces y Magistrados”, a recente Lei Orgânica do Estado, de 1º de janeiro de 1967, estabeleceu que “el Ministerio Fiscal, Organo de Comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses publicos tutelados por la ley y procurar ante los juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social”.

Em artigo recentemente publicado no Brasil, o jurista espanhol Antônio Reol Suarez, qualifica de “especial” a independência do Ministério Público, “dado lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto, preceptivo de quel “el Fiscal del Tribunal será el Jefe del Ministerio Fiscal de toda la monarquia, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia”.

E explana o citado jurista seu pensamento da seguinte maneira:

“Esta dependencia, es, dentro de lo que la Ley preceptua y obliga, solamente así concibe el precepto legal esa dependencia, de hai que el número 17 del artículo 2º del referido Estatuto establezca como atribuciones del Ministerio Fiscal: “Cuantas otras atribuciones se le impongan por las leyes o se le confieran por el Gobierno sin vulnerar aquellas.”

E conclui, brilhantemente:

“El Fiscal del Tribunal Supremo, Jefe del Ministerio Público, si bien tiene esa inmediata dependencia del Ministro de Justicia, éste último no puede conferirle por si, ni en nombre del Gobierno, misión o atribución alguna que vulnere la ley.”⁽¹⁶⁾

Na Inglaterra, pelas informações colhidas no “Constitutional and Administrative Law” de Hood Phillips, professor da Universidade de Birmingham, existem duas autoridades que, malgrado a denominação dos respectivos cargos, podem ser identificadas como Ministro da Justiça e Procurador-Geral: um é o Lord Chancellor; o outro é o Attorney-General. O primeiro, tal como ocorre com o Ministro da Justiça na França, é titulado à Guarda dos Selos do Estado, é o Keeper of the Great Seal, além de ser “o principal conselheiro legal e constitucional do Governo”, integrando ainda o Gabinete de estilo parlamentar. De sua autoridade é que resulta a nomeação do Attorney-General, funcionário em comissão que, juntamente com o Solicitor-General, seu subordinado, é também conselheiro legal da Coroa e dos Ministérios, e, cumulativamente, Promotor Público (public prosecutor), quando age no exercício de uma “capacidade quase judicial”, absolutamente independente de instruções ministeriais.

(16) ANTÔNIO REOL SUAREZ, *Ministério Público Espanhol*, in “*Justitia*”, vol. 82, pág. 80.

A organização judiciária da República Federal da Alemanha, segundo informações colhidas por A. B. Cotrin Neto, em excelente artigo que publicou em o número 95 da "Revista de Direito Administrativo", tem muitas semelhanças com a vigente no Brasil: começa pela estrutura federal da organização política, prossegue pelo fracionamento da governação em poderes tríplices e, ainda na quantificação de prerrogativas dos Estados-membros determinada pela Lei Fundamental da União. "Isso é exatamente o que ocorre no Brasil, e não é verificado na França, na Inglaterra, nem mesmo nos Estados Unidos."

Ali, na Alemanha, os Procuradores Federais e os Procuradores do Estado são funcionários, embora de uma categoria particular: êles devem atender àqueles pré-requisitos exigidos para o ingresso na magistratura, embora não sejam juizes e se achem dependentes da autoridade hierárquica de um Procurador-Geral, que por sua vez depende do Justizminister — do Ministro da Justiça. O superior hierárquico tem competência para baixar ordem aos membros do Ministério Público e para determinar a tramitação de assuntos criminais. Todavia, e isso é de elementar compreensão no trato com funcionários técnicos, ninguém poderá impor ao Procurador uma atitude que seja desaconselhada pelo seu entendimento de que ela implicará numa violação da lei.

Em Portugal, de conformidade com o que pudemos extrair do estudo sobre a "Organização Judiciária de Portugal", de autoria do ilustre jurista José Alfredo Soares Manso-Prêto, Procurador-Geral da República, publicado no vol. 64 de "Justitia",

"ao lado da magistratura judicial, e em situação de independência em relação a ela, funciona a magistratura do Ministério Público.

Embora independentes, completam-se, na medida em que, em matéria criminal, sem a atuação do Ministério Público, como Órgão do Estado propulsor da ação penal, os tribunais não poderiam exercer a jurisdição.

O Ministério Público constitui uma magistratura amovível, responsável e hierárquicamente organizada, na dependência do Ministro da Justiça e sob a chefia direta do Procurador-Geral da República (artigo 170 do Estatuto Judiciário). É, assim, contrariamente ao que sucede com a magistratura judicial, uma magistratura monocrática. Naquela, cada juiz, por si só é independente e exerce autônomoamente a plenitude da função judicial; na magistratura do Ministério Público há como que uma unidade entre todos os seus elementos, pela dependência dos inferiores em relação aos superiores."

E passa a citar em seguinte lição do Prof. Cavaleiro de Ferreira sobre o assunto:

"A hierarquia interna do Ministério Público culmina no Procurador-Geral da República, assistido por ajudantes, dos quais alguns são destacados como Procuradores da República junto aos Tribunais da Relação. Esses superintendem nos serviços do Ministério Público, com poderes similares ao do Procurador-Geral, em cada distrito judicial.

A representação do Ministério Público nos círculos judiciais é confiada a ajudantes dos procuradores, que, por sua vez, são superiores hierár-

quicos dos delegados do Procurador da República, que prestam serviços nas comarcas.

A superintendência externa do Ministro da Justiça não transforma o Ministério Público em funcionário administrativo, e a sua atividade não está vinculada ao poder executivo de maneira igual à atividade administrativa. Como órgão de justiça em processo penal, o Ministério Público não é condicionado, no exercício de suas atribuições ou funções, por considerações de utilidade, de segurança ou de razão de Estado, mas orientado pelo fim objetivo da realização do direito. O direito é, para o Ministério Público, não um limite da sua atividade, como acontece na atividade administrativa, mas o próprio fim da sua atividade.”

Depois de salientar as várias funções do Ministério Público em Portugal, quer no juízo cível, quer no penal, chama a atenção o ilustre Procurador-Geral da República para o seguinte:

“Dois órgãos do Ministério Público merecem especial menção: O Conselho Superior do Ministério Público e o Conselho Consultivo:

Ao primeiro, que é constituído pelo Procurador-Geral e pelos seus ajudantes em serviço no Supremo e nas Relações, compete colaborar com o Ministro da Justiça na orientação superior e no aperfeiçoamento das instituições do Ministério Público, apreciar o mérito dos magistrados do Ministério Público, graduá-los para efeitos de promoção e exercer sobre eles a jurisdição disciplinar, além de outras referidas no artigo 214 do Estatuto Judiciário.

Ao Conselho Consultivo, que é constituído pelo Procurador-Geral e pelos seus ajudantes que coadjuvam nos serviços centrais, compete fundamentalmente firmar parecer acêrca das questões jurídicas que o Governo ou o Procurador-Geral mandem submeter à sua apreciação.

E diga-se, em abono da verdade, que são relevantes os serviços que a Procuradoria-Geral, através deste Conselho, vem prestando, constituindo os pareceres emitidos por este, peças de valor jurídico apreciável, pelo cuidado, isenção, estudo sério que os problemas em causa sempre lhe merecem.

Somente poderá subestimar esta ação quem ignorar quanto ela contribui para o aperfeiçoamento das leis e das instituições. A demonstração da sua eficiência e valor está na frequência com que o Governo ouve e consulta a Procuradoria-Geral.”

Na Itália, informa-nos o prof. de Direito Constitucional da Universidade de Ferrara, Enrico Spagna Musso, que “três são as correntes doutrinárias de enquadramento do Ministério Público no país: a) a da independência do Ministério Público perante o Executivo; b) a da abolição do instituto; c) a da manutenção de sua dependência ao Executivo.” (17)

(17) ENRICO SPAGNA MUSSO, *Problemas Constitucionais do Ministério Público na Itália*, in “*Justitia*”, vol. 53, pág. 25.

Para êle, “os fatores da independência do Ministério Público em relação ao Executivo têm colocado como fundamento de sua orientação, de um lado, a exigência de conservar as principais atribuições judiciárias das quais o instituto é dotado — reconhecidas indispensáveis — e, de outro, a necessidade de igual valor de subtrair o andamento da justiça à influência política através da atividade de um Ministério Público sujeito às diretivas do Ministro Guarda-Selos, e, portanto, do Governo. Fazem parte dessa corrente, entre outros, o projeto de reforma do ordenamento jurídico Ortu-Zanardelli, de 1903, Carrara, Napodano, Miraglia, Impallomeni, F. de Luca, Petrocelli, Gu. Sabatini.”

E continua:

“Para a tese abolicionista, as razões que militam a favor da supressão do instituto são idênticas às apresentadas para sustentação da sua independência, e se resumem, também estas, na necessidade de impedir qualquer ingerência indevida no Executivo na atividade e da ordem judiciária. Participam dessa opinião Musio, Carcano, e Mortara.

A tese que teve sucesso no plano legislativo até a reforma de 1946 foi a da dependência do Ministério Público frente ao Executivo. Os seus defensores partiram das seguintes considerações principais: que as atribuições do Ministério Público são inerentes a uma atividade administrativa e que, assim êle, enquanto órgão não jurisdicional, é submetido à direção do Ministro Guarda-Selos em plena coerência com a sua própria natureza; que exigências de ordem político-social fazem com que necessariamente o governo deva ter sob sua dependência um órgão de ligação com a ordem judiciária.

O não constituir a atividade do Ministério Público uma atividade jurisdicional, mas administrativa, ou, em particular, de governo, é uma velha afirmação que encontra o seu fundamento na concepção de jurisdição como atividade rigorosamente restrita à declaração do texto legal para a sua aplicação ao caso concreto. Entendida tal atividade nesse sentido, é evidente que as atribuições do Ministério Público desde a mais importante, como é o exercício da ação penal, até as de menor relêvo, são delas excluídas, dando ensejo a uma atividade que é pacificamente administrativa, ou estritamente conexa, mas não identificável à jurisdicional. São, dentre outros, partidários desta tese: Pescatore, Canonico, Brunelli, Siracusa, Massari, Manzini, Siegert, Ranieri, Leone.”

Há ainda, para Enrico Spagna Musso, uma “posição ou opinião intermediária entre as três correntes acima: resulta do abrandamento das teses fundamentais opostas, isto é, aquela pela qual o Ministério Público constitui um Órgão sob a dependência do Governo somente para o exercício das atribuições tipicamente administrativas e disciplinares, enquanto que para as outras goza de completa independência. Defendem tal posição Carrara e Manfredini.”

Explicando a atual situação do Ministério Público dentro do ordenamento jurídico italiano, ensina o prof. da Universidade de Ferrara que “o atual ordenamento do Ministério Público submete a instituição já não mais à direção, mas à vigilância do Ministro Guarda-Selos, e que as garantias de que é dotada são as mesmas que amparam a magistratura judicante.”

Os magistrados do Ministério Público são recrutados de modo idêntico aos componentes da magistratura judicante, e nem sequer formam um quadro à parte, de forma que está fora de discussão a sua qualificação de magistrados e de pertencentes à organização judiciária, ainda que se controverta sobre a natureza de órgãos jurisdicionais ou administrativos.

“A independência da Magistratura é tutelada pelo Conselho Superior da mesma magistratura, e o Ministério Público, enquanto concorre à composição de tal órgão, é colocado sob a sua competência e chega-se à averiguação de que não se pode considerá-lo subordinado ao Ministro Guarda-Selos, e, portanto, órgão do Executivo junto ao Poder Judiciário. Independentemente dos membros de direito, um dos quais é o máximo expoente do Ministério Público, também parte dos membros eletivos são expressão do instituto em exame. O termo “magistrado”, usado pelo dispositivo constitucional na significação em que tradicionalmente é empregado na nossa legislação e comumente aceito pela jurisprudência, tanto teórica como prática, abrange os componentes do Ministério Público.”

Assim, na Itália, tanto os juízes, como os membros do Ministério Público, estão hierarquicamente subordinados ao Conselho Superior da Magistratura, que, em sua composição, se constitui de membros das duas instituições.

Vimos, pois, que quaisquer dos ordenamentos alienígenas citados se enquadram numa das três formas de alinhamento do Ministério Público que referimos na inicial deste capítulo.

Como se trata de uma das mais recentes instituições integrantes do Estado moderno (se não a mais recente), não obstante venha sofrendo modificações e transformações sempre no sentido de lhe garantir maior estabilidade, e ao mesmo tempo maior maleabilidade para agir, ainda não se pode afirmar com segurança que o seu destino seja o alinhar-se numa das três formas acima citadas, ou que, conforme pensamos, atinja seu *status* definitivo de uma forma mais coerente e mais adequada, impondo-se finalmente como um órgão da soberania do Estado, como um quarto poder — o Poder Fiscalizador —, com poder de ação na esfera dos três outros.

IV — OS LIMITES DE SUA ATUAÇÃO: ATUAIS E FUTUROS

A estrutura jurídica da sociedade, como interpretou Flávio Queiroz de Moraes Júnior, em recente artigo, nada tem que ver com a estrutura do judiciário. A estrutura jurídica é decorrência lógica da necessidade de os homens se organizarem para a vida coletiva, enquanto o judiciário cuida apenas dos aspectos patológicos porventura ocorrentes na vida social. Analisando-se o campo de atuação do Ministério Público, verifica-se que o mesmo, inúmeras vezes, age antes de qualquer controvérsia, e sua finalidade, ou sua “intencionalidade”, como quer o supracitado autor, é Social, “quer se olhe o seu aspecto genético, quer se considere o prisma estrutural, quer se fixe o plano teleológico. O primeiro dado de sua essencialidade é o aspecto social”. (18)

(18) FLÁVIO QUEIROZ DE MORAES JR., *Da estrutura filosófica do Ministério Público*, in “*Justitia*”, vol. 61 pág. 117.

Dissecando-se as funções atribuídas ao Ministério Público, das quais pelo menos as essenciais se reduzem a três (promoção da ação penal, agente da lei e fiscal de sua execução, e patrocínio dos interesses dos incapazes, ou daqueles que, por uma circunstância qualquer, permanente ou momentaneamente, não estejam em condições de fazer valer sua vontade em defesa de um direito seu), chega-se à conclusão de que, em última análise, pode o Ministério Público ser definido como “o órgão que vela pelo equilíbrio social”, e que, portanto, para atingir ou alcançar esta finalidade, deve ser dotado dos mais amplos instrumentos de ação.

Já Figueira de Melo ⁽¹⁹⁾ vislumbra em seus escritos a função tripartida do Ministério Público:

“É muito extenso o campo de ação do Ministério Público, na sua tríplice missão de promover, assistir e opinar, dentro das atribuições específicas de cada um dos seus órgãos. Desde a atividade que desempenha como o promotor da ação penal pública, até a sua intervenção em assuntos da mais alta relevância, como, por exemplo, no processo eleitoral, pelas suas conseqüências e pelo bom senso que há de orientar os seus pronunciamentos, o Ministério Público é chamado a opinar em todos os setores judiciários onde se encontra em jôgo o interesse social, cuja defesa lhe é cometida pela lei, com reflexos na própria organização do Estado, e na preservação do regime democrático em que vive.”

Dentro dessa tripartida função, inúmeras são as manifestações de juristas pátrios, cada qual enaltecendo, quer um, quer outro desses aspectos, senão todos.

Atílio Vivácqua, em discurso pronunciado pela transmissão do cargo de Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1954, assim se manifestou:

“Não deveria omitir, em ocasião como esta, também uma palavra sôbre os graves deveres do Ministério Público, tão exalçado e garantido nas suas altas e importantes funções de Fiscal da Lei e da Constituição, nas amplas esferas da vida judiciária. E essas funções culminam na atribuição, eminentemente política, conferida pelo parágrafo único do artigo 8º do nosso Estatuto Fundamental, ao Procurador-Geral da União para argüir os casos de inconstitucionalidade e infringentes do artigo 7º da Carta Magna, no qual, para empregarmos o vetusto conceito de Campos Sales, se encontra o coração da república.”

Na apresentação de várias emendas à Constituição de 1948, Mário Dias ⁽²⁰⁾ justificou-as da seguinte forma:

“Fiscal da Lei, e, portanto, da própria Constituição, é relevantíssima a missão do Ministério Público, não só em benefício das atividades governamentais, como da Justiça e da sociedade. Mais relevante, talvez, do que a magistratura, porque o juiz representa uma fôrça estática, apenas declaratória do direito e reveladora da Justiça, ao passo

(19) FIGUEIRA DE MELO, *Parecer no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 33, pág. 228.

(20) MÁRIO DIAS, *Ministério Público Brasileiro*, vol. I, pág. 43.

que o Ministério Público representa uma força dinâmica, sempre em ação, que promove essa declaração de direito, essa revelação da Justiça, pondo em andamento a máquina processual, investigando, fiscalizando, promovendo responsabilidades que podem atingir a quaisquer dos Três Podêres: Executivo, Judiciário ou Legislativo.”

O órgão da Justiça Pública, nas palavras de Ivair Nogueira Itagiba,

“é um auxiliar ativo, dinâmico, necessário aos serviços judiciários; é o defensor do direito e dos altos interesses da sociedade, a personificação do dever e o fiscal da execução da lei.

Não lhe cumpre pugnar por interesses estatais adversos à lei, não lhe cabe pelejar em prol de causas injustas em nome da sociedade, não lhe compete patrocinar conveniências indefensáveis só por serem de incapazes, nem é sua obrigação bater-se pela condenação de réus inocentes ou isentos de culpa.

O Órgão da Justiça Pública deixou de ser o “Procurador do Rei”, o acusador sistemático, o advogado de absurdas pretensões. É o órgão da lei e defensor da Justiça. “Não é — di-lo Rui Barbosa — um patrono de causas, intérprete parcial de conveniências, coloridas com mais ou menos mestria; é rigorosamente a personificação de uma alta magistratura. A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestáveis do erário, dos seus interesses injustos: mandou-os, pelo contrário, em todos os feitos onde servissem, “dizer de direito”, isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça”.

Ao Ministério Público, elemento substancial do Poder Judiciário, está confiada imensa responsabilidade. Para que possa desempenhar as suas atribuições, precisa não lhe falte autoridade e lhe não mingüem garantias.”⁽²¹⁾

Gabriel Passos, ardoroso defensor da autonomia do Ministério Público, justificando as emendas que apresentou na Constituinte de 1945, escreveu:

“Essas emendas resultam de sugestões da Associação Paulista do Ministério Público, com as quais estamos de acôrdo, pois correspondem a medidas necessárias e justas, do que já nos convencêramos em longa prática forense.

Efetivamente, o fiscal da fiel execução da lei, o dedicado advogado dos interesses da sociedade carece de garantias de estabilidade para sua livre e eficiente atuação, e muitos Estados não lhas proporcionam, antes, procuram sujeitá-los ao Executivo, e, às vêzes, a simples autoridades administrativas locais. Há, mesmo, uma corrente que quer transformar o Ministério Público em agente do Executivo, no sentido de torná-lo seu guarda e defensor.

O papel do Ministério Público, entretanto, é, a nosso ver, mais elevado, pois êle cura dos interesses sociais a que, às vêzes, se contrapõe o pró-

(21) IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, *O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira*, vol. II, pág. 528.

prio Executivo. É a sociedade, é a Lei — o que defende o Ministério Público —, e nessa defesa pode, coincidentemente, defender o interesse do Executivo, como combatê-lo, procedendo, de igual maneira, em relação aos interesses contingentes dos demais Podêres.” (22)

Feitas essas considerações, nas quais se destacou, em linhas gerais, a relevância das funções do Ministério Público, passemos em seguida a uma ligeira análise de sua atuação nos diferentes ramos do Direito.

A) *Atribuições atuais:*

No Processo Penal a atuação do Ministério Público é por demais conhecida: é o titular da ação penal, é o representante da Justiça Pública, o órgão que representa em Juízo a vontade punitiva do Estado. Por tal motivo é que a ação penal é iniciada pelo Ministério Público, através da *Denúncia*.

Todavia, o processo das contravenções é iniciado pelo auto de prisão em flagrante ou por Portaria, da autoridade policial ou do Juiz (havendo quem entenda que igualmente pode ser iniciado por denúncia do Ministério Público, pois que se justamente pode o mais, há que poder o menos), por pretender o legislador imprimir maior celeridade à tramitação das mesmas.

Raciocinando no mesmo diapasão entendeu o legislador de estender o rito sumário das contravenções aos crimes de homicídio culposos e lesões corporais culposas, através da Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965, visando com isto, a atender com maior presteza ao processo e julgamento dos delitos cometidos na direção dos veículos automóveis, o que, às mais das vezes, na vida prática tem resultado justamente no contrário, com a anulação de inúmeros processos por vícios insanáveis de origem.

Esta lei, por isto mesmo, vem causando inúmeros prejuízos para a Justiça, que nem de longe permitem vislumbrar seus teóricos benefícios.

Na Guanabara há uma considerável corrente de juristas, que se exprimiu por um artigo publicado pelo Juiz Weber Martins Batista (23), e que, partindo da diferenciação entre processo e procedimento, entende que, nos casos de contravenções e de lesões e homicídios culposos iniciados por flagrante ou Portaria de autoridade Policial, na fase policial não há processo, ainda não existe instância no sentido exato do termo mas o que há é uma “instrução não processual, de caráter contraditório”.

Propicia-se com tal entendimento o arquivamento dos autos no momento em que são remetidos a Juízo, após a fala do Ministério Público, nos mesmos casos em que o permite o artigo 43 do Código de Processo Penal.

Visa-se, com isto, a minorar certos efeitos negativos da Lei nº 4.611, mas, a nosso ver, o seu efeito mais pernicioso é o de justamente furtar ao órgão da Justiça Pública a fiscalização sobre a prova produzida. Éste o seu contrasenso insanável, razão por que não pode subsistir.

(22) GABRIEL PASSOS, *Emendas à Constituição Federal de 1946*

(23) WEBER MARTINS BATISTA, *O Problema do Arquivamento da Lei nº 4.611*, Separata do vol. 19 da Revista de Jurisprudência do T.J.G.

No Processo Civil a atuação do Ministério Público é múltipla, e se reveste, no dizer de J. Frederico Marques, de um caráter "proteiforme e complexo". Sob três modalidades pode comparecer no Processo Civil:

- a) Como parte ou sujeito ativo na relação processual, na tutela de interesses indisponíveis, ou como patrono da Fazenda Pública;
- b) Como substituto processual;
- c) Como fiscal da lei ou *custos legis*;

a) Como parte, o Ministério Público pode atuar na defesa de interesses indisponíveis, operando como "promotore di una più piena attuazione dell'ordinamento giuridico", no dizer de Redenti, e como exemplos dessa atuação temos os seguintes, apontados por J. Frederico Marques ⁽²⁴⁾: As ações previstas no artigo 208, parágrafo único, nº II, do Código Civil (anulação de casamento contraído perante autoridade incompetente); aquelas mencionadas respectivamente nos artigos 394 (para suspensão do pátrio poder), 447, 448, 449 (para promover a interdição) do Código Civil; as ações de nulidade de patentes de invenção e de registro de marcas de indústria, comércio etc. (artigo 332 do Código de Processo Civil); as ações de dissolução de sociedade civil (Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1943); o seqüestro previsto na Lei nº 1.808, de 7 de janeiro de 1953, contra bens de diretores de bancos e casas bancárias.

Ainda como parte o Ministério Público pode aparecer como patrono da Fazenda Pública em Juízo, representando o Estado na defesa de "interessi particolari individuali, suoi proprii", atuando "pro domo sua", e não "pro populo", como magnificamente diferencou Redenti.

São muitas e válidas as críticas à atuação do Ministério Público como patrono da Fazenda Pública: Como se sabe, a defesa da Fazenda Pública em Juízo é atribuída aos membros do Ministério Público por razões de mera oportunidade, principalmente no interior, onde a Fazenda Pública não tem representantes. Todavia, essa representação da Fazenda Pública, na defesa de seus interesses particulares é que justamente tem gerado dúvidas e confusões no espírito de muitos, que, interpretando a atuação do Ministério Público só e principalmente sob esse aspecto, entendem que ele não é senão mero representante do Executivo ou da Fazenda Pública em Juízo.

Não obstante as críticas que lhe têm sido feitas pela quase totalidade dos juristas, esta concepção está profundamente arraigada, a ponto de um emérito professor, o Dr. Sérgio Ferraz, da Universidade da Guanabara, afirmar que "o procuratório judicial da Fazenda é a atribuição essencial do Ministério Público. As demais constituem acessórios que, no tempo, vieram a ser acrescentados, e, como acessórios, nem mesmo foram expressos na Carta Federal." ⁽²⁵⁾

A razão encontra-se, contudo, com o notável M. Seabra Fagundes, o qual, em Conferência pronunciada em 1961, em São Paulo, afirmou que a atribuição de advogado da Fazenda Pública "muita vez cometida aos membros do Minis-

(24) J. FREDERICO MARQUES, *Instituições*, vol. II, pág. 217.

(25) SÉRGIO FERRAZ, *O Ministério Público na Constituição Estadual de 1967*, in "Justitia", vol. 61, pág. 149.

tério Público, porque somente motivo de ordem prática (a onerosidade da manutenção de advogados da Fazenda, ao lado de titulares de promotorias e curadorias) faz que tal competência, incompatível, perdure com os titulares do Ministério Público, incompatível, em qualidades, com o teor de neutralidade própria de sua função de defensor da lei". (26)

Na mesma direção é o entendimento de Gabriel Passos, na justificação das emendas que apresentou à Constituição de 1946, quando condenava a confusão existente no espírito de muitos:

"O que por vez induz a confusão não é apenas a concepção estatal que faz do Executivo supremo intérprete do interesse social — tendências totalitárias do Estado — mas a circunstância de, entre nós, ser atribuída, por economia, ou por outros motivos de ordem prática, aos membros do Ministério Público a função de advogados da União ou dos Estados, ou dos Municípios. Por esse motivo, seria conveniente, em tese, que os membros do Ministério Público circunscrevessem sua atuação ao ofício de fiscal da lei e órgão de defesa social. Desde, porém, que a nossa situação não permite essa lídima definição de funções, força é que acentue ser a função específica do Ministério Público, a precípua, ficando em segundo plano, e àquela devendo sempre ceder, a atribuição de advogados de entidades públicas que lhe sejam afetas." (27)

b) Passemos à segunda modalidade sob que se apresenta o Ministério Público no Processo Civil: Ainda na lição de J. Frederico Marques, "na administração pública de interesses privados, o Estado pode conferir ao Ministério Público funções processuais em que, no entanto, é o direito ou interesse do particular que será defendido, por aquele órgão, na relação processual. Em tal caso, o Ministério Público atua como legitimado extraordinariamente para agir em juízo, ou seja, como substituto processual". (28)

E cita o festejado mestre os seguintes exemplos da atuação do Ministério Público nessa qualidade, em que defende em Juízo um direito de outrem, em nome próprio: "na ação de indenização para ressarcimento do dano proveniente do crime (Código de Processo Civil, artigo 68); como curador de acidentes no trabalho; quando funciona como curador à lide, nos casos previstos no artigo 80, § 1º, do Código de Processo Civil; nos casos em que o Ministério Público defende o interdito (artigo 449 do Código Civil); como curador à lide na homologação de sentenças estrangeiras (artigo 793, nº V, do Código de Processo Civil), como curador de ausentes, ou da herança jacente ou vacante etc. . .

c) Finalmente, na qualidade de Fiscal da Lei é que a atividade do Ministério Público se apresenta múltipla e complexa. Para se ter uma idéia da amplitude de suas atribuições, transcreveremos o estudo de Guilherme Estelita:

"Basta notar que por seus múltiplos órgãos intervém êle em todos os processos em que incapazes são interessados (são incapazes os descritos

(26) M. SEABRA FAGUNDES, *Conferências no III Seminário de Estudos Jurídicos do Ministério Público de São Paulo*, in "Justitia" 35/7.

(27) GABRIEL PASSOS, obra e local citados.

(28) J. FREDERICO MARQUES, obra e local citados.

nos arts. 5º e 6º do Código Civil: menores até 21 anos, loucos de todo o gênero, surdos-mudos que não puderem se manifestar, ausentes, pródigos e silvícolas), onde se cumpra testamento ou se aplique a legislação relativa a menores e acidentes no trabalho; nos que disserem respeito aos direitos de família e à capacidade civil (incluídos aí as ações de nulidade e anulação de casamento, de desquites amigáveis e litigiosos, de alimentos e investigação da paternidade, de retificação e suprimento de dados dos registros civis, de adoção, tutelas, curatelas (interdições) e legitimação adotiva etc.); nos de falência e concordatas e liquidação extrajudiciais de sociedades, nos termos do Decreto-Lei nº 685, de 17 de julho de 1969; nos referentes aos registros públicos; nos recursos de revistas, ações rescisórias, conflitos de jurisdição e arguições de inconstitucionalidade. Isto para aludir tão-somente aos de maior importância e de ocorrência mais freqüente.” (2º)

E acrescentaríamos mais: Em todos os *habeas corpus* (Processo Penal, em razão do Decreto-Lei nº 552, de 25 de abril de 1969); nas Ações Populares (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965); nos mandados de segurança; nas ações de usucapião; nos processos de Registro Torrens; nas extinções de usufruto e de fideicomisso; nas arrecadações de heranças jacentes, de bens de ausentes, e vagos; na venda e oneração de bens dotais; na organização e fiscalização das fundações; nas posses em nome dos nascituros; nas habilitações para casamentos; nas arribadas forçadas etc. . .

Resta-nos observar que, apesar das disposições aparentemente restritivas do artigo 814 do Código de Processo Civil, a doutrina e a Jurisprudência têm entendido que cabe ao Ministério Público o direito de recorrer em todos os processos em que atue, ainda que na qualidade de *custos legis*, pois que, a entender-se de outra forma, seria um contra-senso.

J. Frederico Marques cita ainda um caso no qual o Ministério Público exerce uma função “de todo peculiar”, expressa no artigo 11, letra c, da Constituição de 67, mediante a qual é incumbência do Procurador-Geral da República representar ao Presidente da República para pleitear a intervenção federal, quando os Estados infringirem as normas do artigo 10, itens VI e VII, da Constituição.

Exerce ainda o Ministério Público no campo do Direito do Trabalho uma função de largo alcance social, muitas vezes incompreendida, e que não raro o coloca em atritos com a classe dos patrões: “É a tutela dos interesses dos trabalhadores nas Comarcas do interior onde inexistam Juntas de Conciliação e Julgamento, promovendo acórdos (nos quais sua participação é obrigatória), reconciliações, prevenindo litígios, acomodando situações, pleiteando o auxílio dos poderes públicos, propondo reclamações trabalhistas, velando pela observância das leis de amparo aos empregados, inclusive rurais.

Nas Comarcas em que há Juntas de Conciliação e Julgamento há o Ministério Público da Justiça do Trabalho, que funciona em todos os casos como “custos legis”.

(2º) GUILHERME ESTELITA, “O Ministério Público e o Processo Civil”, pág. 37.

Na Justiça Eleitoral, é Figueira de Mello quem nos diz, a atividade do Ministério Público como fiscal da lei ante este setor judiciário “se exercerá com base numa intransigente fiscalização no sentido de ser respeitada a lei, assegurada a vontade popular manifesta em obediência a ela. Conforme a atividade do Ministério Público, na Justiça Eleitoral, pela sua direta interferência com a manifestação do voto popular, o seu prestígio perante a sociedade, perante o povo, se afirmará cada vez mais ou êle se desmerecerá ante a opinião pública, se agir com parcialismo, tornando-se sectário ou faccioso, provocando uma reação de desrespeito à Justiça, situação que o Ministério Público batalhará para que não ocorra, pois nenhum povo será mais infeliz do que aquele que não puder confiar nos seus Juízes, nos seus Tribunais, sob a égide da Lei e da Justiça. (30)

É justo que se saliente que, no Processo Penal consoante o mais recente entendimento dos modernos processualistas, a atuação do Ministério Público não reveste o caráter de Parte.

Como bem advertiu Carnevale, “teòricamente o Ministério Público não é parte; tal não pode ser considerado hoje como não podia sê-lo ontem: porque não tem um interêsse unilateral contraposto, mas um superior, que não admite divergências ou extremos contrário”. (31)

No mesmo sentido os entendimentos de Manzini, Altavilla e Mortara, dentre outros.

Para Manzini, assume o Ministério Público a posição de “sujeito ativo da ação penal”: como sujeito da relação processual “desenvolve poder jurídico sôbre o conteúdo formal do processo penal, isto é, dispõe nos limites da lei, da forma e dos meios da perseguição penal, mediante manifestações da própria vontade. Esse poder jurídico de disposição se exercita de maneira mais característica, com o nascimento de uma dada relação processual; com o investir o juiz da ação penal relativa; com sustentar pelo modo e com os meios legais considerados mais oportunos, a pretensão punitiva oriunda do crime; com o impedir, mediante a interposição de recursos, a cessação da relação processual; com o promover a decisão de questões concernentes à execução da sentença do juiz etc.”

Desta forma, entende Manzini estar o Ministério Público colocado numa posição preeminente, em relação às outras partes, dada a natureza de sua função e do interêsse que a determina. No máximo, poderia ser considerado “parte pública”. (32)

Assim se explica perfeitamente porque, a despeito de ser um órgão de acusação, e o órgão de acusação por excelência, o Promotor Público pode, com toda liberdade, deixar de pedir a ordenação do réu, e até opinar pela absolvição, se verificar não ter sido devidamente imputada a autoria, ou haver motivos excludentes da responsabilidade ou da criminalidade. (33)

(30) FIGUEIRA DE MELLO, obra e local citados.

(31) CARNEVALE, citado por HÉLIO TORNAGHI, *Instituições*, vol. III, pág. 135.

(32) MANZINI, *Trattato...*, vol. 2º, 1931, pág. 228.

(33) Confira-se ESPÍNOLA FILHO, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, vol. 3º, pág. 242.

B) Atribuições futuras:

Como se verificou, o Ministério Público é o Fiscal da Lei e de sua execução, o órgão que vela pela manutenção do equilíbrio social, agindo sempre nos limites da "estrutura jurídica da sociedade", mas nem sempre dentro da órbita judiciária, porque exerce funções que a extravasam, e se manifestam anteriormente ou paralelamente a ela. Assim, nas denúncias contra irregularidades cometidas por agentes do Poder Público, ainda na órbita administrativa, na composição amigável dos dissídios, quer os resultados do trabalho, quer os sigidos no seio da família ou da sociedade etc.

É de se compreender, pois, que as atribuições fiscalizadoras do Ministério Público não devam se restringir ao âmbito do Poder Judiciário, mas é irrecusável exigência de nossos tempos que elas venham a se fazer sentir nas esferas dos poderes Executivo e Legislativo.

Não foram de outra ordem as palavras proferidas pelo Professor Alcino de Paula Salazar, então Procurador-Geral da República, num Congresso realizado em 1966, em Uberlândia, Minas Gerais: "O Ministério Público no sistema constitucional brasileiro age na área dos três poderes — na do Legislativo, promovendo a declaração da inconstitucionalidade das leis; na do Executivo, tomando a iniciativa das ações penais por infração das leis de ordem pública; e na do Judiciário, como órgão da Justiça e controlador da responsabilidade de seus agentes". Aduziu mais que no plano federal é ainda o Ministério Público o defensor do erário, como advogado da União e fiscal das entidades federais autônomas, sobrelevando a importância desse organismo do Poder Público, como instrumento de equilíbrio, no funcionamento dos três poderes da República, sempre que ocorre o rompimento desse equilíbrio com a violação da ordem e da lei".

Esta é também a opinião de Flávio Queiroz de Moraes Júnior⁽³⁴⁾, quando conclui que "... a fiscalização da lei pelo Ministério Público deve ser a mais geral e absoluta, não devendo nunca se prender a uma ação perante os tribunais, pois esta estrutura restritiva tende sempre a se burocratizar, ao perder o contacto com tôdas as partes do agregado social, cujo equilíbrio deve velar".

Se o Ministério Público age na ordem social, como fiscal da lei, não se compreende como sua atuação deva ficar restrita à provocação dos cidadãos, nos casos em que, em tese, ocorra a violação das normas jurídicas de conteúdo penal, quer por parte dos agentes do poder público, quer por outros particulares.

Como fiscal da lei deveria agir no momento mesmo em que se perpetua sua primeira violação, no seu nascedouro, isto é, no momento em que o Poder Legislativo, quer federal, estadual ou municipal passe a votar os projetos de lei para dar-lhes validade.

Seria do interesse público que, pelo menos opinativamente, o Ministério Público se manifestasse sobre os projetos de lei a serem levados a votação final, pronunciando-se sobre sua constitucionalidade e legalidade, sem entrar no mérito de sua conveniência ou oportunidade.

(34) FLÁVIO QUEIROZ DE MORAES JÚNIOR, obra e local citados.

Também na esfera do Executivo, muitas vèzes seus agentes cometem faltas, infringindo a lei, e prejudicando o interêsse público, faltas estas que não chegam a constituir infrações penais pròpriamente ditas, mas, por produzirem efeitos no equilíbrio social e na boa ordem da administração, seria do máximo interêsse que se outorgasse ao Ministério Público a faculdade de requisitar Inquéritos Administrativos para a apuração das mesmas, e conseqüente punição dos culpados.

Por outro lado, as legislações dos países mais evoluídos caminham no sentido de se outorgar ao Ministério Público não só atribuições explícitas, taxativamente enumeradas na lei, mas igualmente atribuições implícitas, concedendo-lhe poder para agir onde e quando ocorra violação da lei, atentados à economia popular, à ordem política e social, ou à segurança pública.

Assim, nos E.U.A., informa-nos o “Corpus Juris Secundum”, vol. 7^o, página 1.223, reportando-se ao “Attorney General” que êle pode, “na ausência de alguma expressa disposição legislativa em contrário, exercer todo o poder e autoridade, como em cada oportunidade o interêsse público o requeira”.

A Constituição da U.R.S.S., em seu artigo 113, atribui ao Procurador-Geral da União “o contròle do exato cumprimento das leis por todos os Ministérios e instituições a êles subordinadas, emprêsas, cooperativas, bem como pelos funcionários públicos e cidadãos do país”. (35)

Na Itália, Ugo Rocco é também da mesma opinião, ao afirmar que “suas atribuições devem se exercitar no “dever geral de fazer observar a lei e a pronta e regular administração da Justiça”. (36)

Entre nós foi M. Seabra Fagundes, o precursor desta tese, na Conferência já citada:

“Mas, já é tempo de recolher da colaboração do Ministério Público mais do que a rotineira e restrita atuação em favor de algumas instituições e entidades (o casamento, as fundações, etc.). É tempo de sair dos lindes estreitos do privatismo, que tem comandado até hoje a iniciativa do Ministério Público no cível, para sòmente autorizá-la na defesa do interêsse social, quando afetado êste através de um interêsse privado merecedor de particular proteção, e inovar, ampliando-a no sentido da defesa de interêsses totalmente impessoais, porém, com reflexos profundos no bem-estar de tôda a coletividade.

Ao Ministério Público se cometeria suscitar a decretação de nulidade dos atos, legislativos ou administrativos, contrário à Constituição da República, às Constituições Estaduais, ou uma lei qualquer, desde que a repercussão dêles, pela generalidade de suas conseqüências, afetasse de modo especial, o interêsse coletivo, ou, de qualquer maneira, um patrimônio público (da União, de algum Estado, Município, entre autárquico ou sociedade de economia mista).

Sòmente quando grave, qualitativa ou quantitativamente, do ponto de vista do interêsse da comunidade, o atentado ao sistema legal, será de

(35) A. DENISOV e M. KIRICHENCO, *Derecho Constitucional Soviético*, Moscou, 1959, pág. 307.

(36) Ugo Rocco, *Corso di Teoria e Pratica del Processo Civile*, vol. I, Lib. Scientifica Editrice, pág. 440.

ter como adequada a movimentação espontânea do órgão da defesa social.

Com isso ter-se-ia armado o Estado, como organismo de um eficiente sistema de autocontrôle da legalidade.” (87)

Perante o 1º Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo, o Prof. Carlos Ayarragaray defendeu a tese de que ao Ministério Público se deve cometer a defesa das regras constitucionais. Aprovou-se a seguinte conclusão:

“É necessário conferir ao Ministério Público faculdades bastantes para atuar, mesmo de ofício, como defensor da Constituição, especialmente nos princípios que garantem a liberdade e demais direitos humanos, quando existam violações imputáveis aos poderes públicos ou a particulares, que afetam a pessoas físicas ou jurídicas.” (88)

Tais atribuições implícitas, desde que conferidas ao Ministério Público, seriam da maior utilidade prática. Como sabemos, o mundo tem assistido a uma impressionante evolução, e as novas e cada vez mais refinadas formas de comportamento anti-social estão sempre a exigir novas armas que venham a combatê-las com eficiência.

O sistema atual, de conferir ao Ministério Público atribuições rigorosamente explícitas, geralmente propicia a burla da lei. Vê-se às mais das vezes o órgão da Justiça Pública impossibilitado de agir em casos nos quais se nota flagrante violação do interesse coletivo ou da ordem pública, porque as leis não prevêm essas novas hipóteses, não dando ação, pois, ao Ministério Público.

No sistema atual, verifica-se que o Estado vai editando leis protetoras da economia popular e da ordem pública à medida que se vai convencendo que as sanções e os instrumentos legais em vigor, são ineficientes para a coibição dos constantes abusos. Assim, nos casos de atos lesivos ao interesse coletivo praticados por gerentes e diretores das entidades financeiras, e das sociedades anônimas.

Se o Ministério Público já fôsse dotado dessas atribuições, ditas implícitas, e dotado de instrumentos adequados para agir com eficiência, não teríamos necessidade da edição de leis com caráter indistintamente retroativo.

Aqui, vem à baila a tormentosa questão, que mais aflige a Instituição do Ministério Público brasileiro: a da quase completa e total falta de instrumentos ou meios para agir. Como produzir provas se não se tem condições materiais para tanto? Como ser-se eficiente, se inexistem meios? E justamente acontece que, as faltas mais graves, os crimes mais hediondos, que são aqueles cometidos com abuso de poder ou sob a capa da autoridade, muitas vezes permanecem impunes pela conivência de órgãos estranhos à Instituição, e pela manifesta impossibilidade desta de agir por conta própria.

E para resolver a questão, apenas duas soluções se apresentam: ou se deferir a direção da Polícia Judiciária ao Ministério Público, ou se dotar o

(37) M. SEABRA FAGUNDES, obra e local citados.

(38) *Anais do 1º Congresso do Ministério Público*, 2º vol., págs. 670 e 708.

Ministério Público, no processo penal, de meios próprios de investigação criminal. Quer na fase do Inquérito, quer na fase do processo propriamente dito.

Para tal, e considerando a impossibilidade material, por ora, de lhe serem fornecidos os funcionários administrativos necessários, haveria que se lhe outorgar a faculdade de requisitar escrivães e investigadores de Polícia, e a própria Força Policial, quando se fizer mister.

Além disso, e essa prerrogativa seria um consentâneo natural da primeira, haveria de se lhe deferir o poder de intimar testemunhas para depor, e o que fazê-las conduzir coercitivamente, caso se faça necessário.

E raciocinamos da seguinte forma: por quê pode o Delegado de Polícia realizar o Inquérito, intimar testemunhas para depor, interrogar o indiciado, fazer julgamentos de valor sobre a ocorrência ou não do crime, e não o pode o Ministério Público, Titular da Ação Penal?

Tais são as aberrações e os anacronismos no trato da Instituição do Ministério Público, vigentes em plena era espacial, e que só servem para emperrar a “máquina judiciária”, já de si tão morosa e complicada. . .

É claro que num sistema de direito, onde todos devem se submeter à lei, os representantes do Ministério Público seriam responsabilizados, em cada caso, pelos abusos praticados.

Finalmente, resta-nos analisar um ponto onde se faz necessária a atuação do Ministério Público, que a prática, em inúmeros casos e localidades, está a exigir: a extensão aos miseráveis (no sentido legal), da ação pública cível, a cargo do Ministério Público, como defensor dativo nos locais onde não haja advogados, ou onde estes se encontrem comprometidos com a parte contrária, ou onde, por qualquer razão, não se interessem pela defesa dos mesmos.

A prática tem demonstrado que, muitas vezes, os miseráveis não têm tido acesso à Justiça, e o Ministério Público, por não lhe proporcionar a lei a condição necessária para atuar, nada pode fazer.

A proteção do Estado aos miseráveis, conforme os ensinamentos de Leão XIII, é um imperativo inarredável do mundo moderno: “Porque a classe dos ricos se defende por seus próprios meios e necessita menos da tutela pública, mas o pobre povo, baldo de riquezas que o amparem, está peculiarmente confiado à proteção do Estado.” (39)

V — AS DIFICULDADES DE LOCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Conforme tivemos oportunidade de ver, quando tratamos da situação do Ministério Público no direito alienígena, variável é sua conceituação dentro do ordenamento constitucional e jurídico dos povos. Quer nos parecer que, mesmo nos países mais evoluídos e mais estabilizados juridicamente, ainda o Ministério Público não atingiu a posição definitiva, a conceituação derradeira. Mesmo porque, ainda nestes países em que o Ministério Público atingiu um alto grau de independência e estabilidade, sempre haverá a possibilidade, conquanto que

(39) LEÃO XIII, *De Rerum Novarum*.

A Constituição do Brasil, de 1967, em vigor, promulgada a 24 de Janeiro, cuidou do Ministério Público na Seção IX, do Capítulo VIII ("Do Poder Judiciário") e que integra o Título I ("Da Organização Nacional").

Atualmente vige no Brasil, conforme esclarecemos atrás, a Constituição de 17 de outubro de 1969, promulgada através da Emenda Constitucional nº 1, da mesma data, sendo nossa 7ª Constituição.

A Constituição atual, redigida, ao que se informa, pelo jurista Carlos Meireiros da Silva, que aproveitou um anteprojeto da lavra de Pedro Aleixo, introduzindo-lhe, contudo, modificações fundamentais, entre as quais a da nova colocação do Ministério Público no ordenamento constitucional, espelhando uma tendência autoritária de governo, colocou a instituição na parte relativa ao Poder Executivo, retirando-lhe algumas prerrogativas ou privilégios constitucionais, como a vinculação dos seus vencimentos àqueles dos desembargadores, e a faculdade de aposentadoria aos trinta anos de serviço público com vencimentos integrais.

A vigente Constituição consagrou ao Ministério Público apenas três artigos, de números 94 a 96, praticamente despojando a Instituição de garantias constitucionais, salvo a de que será organizado em carreira, com ingresso "mediante concurso público de provas e títulos"; e que seus membros "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".

Trata-se, evidentemente, e como o provaremos adiante, de um injustificável retrocesso na evolução jurídico-constitucional da Instituição, só explicável, por certo, pelo desconhecimento dos caminhos a que a conduzem sua tendência evolutiva, com fundamento nas mais modernas exigências jurídico-processuais dos povos livres.

Assim, ao menos no título ou "rubrica", faz parte o Ministério Público do Poder Judiciário. (Constituição de 24-1-1967.)

A Assessoria Legislativa do Senado, em parecer sobre a situação jurídico-constitucional dos membros do Ministério Público diante da nova Constituição, após esclarecer que, perante a Lei Maior de 1946, o Ministério Público fôra organizado de maneira autônoma, fora do âmbito de qualquer dos três Poderes (muito embora mais ligado ao Judiciário, "por causa das equiparações e vinculações da mais variada ordem, efetivadas através de leis e até das Constituições estaduais, no tocante aos sistemas de remuneração e aposentadoria"), assim se manifestou:

"Pelo Projeto de Constituição enviado à apreciação do Congresso Nacional, no entanto, foi mudada essa orientação, passando o Ministério Público a figurar, expressamente, como parte integrante do Poder Judiciário.

Mudaram-se, assim, os rumos doutrinários anteriormente adotados, tomando-se uma nova posição que, segundo tudo indica, é a mais correta e perfeita, qual a da integração definitiva do Ministério Público como componente do Poder Judiciário.

Dizemos ser esta a posição mais correta, porque a consciência jurídica universal já consagrou o Ministério Público como a Magistratura de Pé, ou seja, como a parte dinâmica da magistratura, aquela que aciona tôda a máquina judiciária.” (43)

Já, no entanto, outro é o entendimento do emérito Pontes de Miranda, internacionalmente conhecido, em seus Comentários à Constituição de 1967:

“Pôsto que, ligado ao ordenamento judiciário (o Ministério Público), não faz parte da Justiça, não é órgão judiciário, mas administrativo.

É um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo, a que a Constituição de 1934 atribuía caráter mais dependente dêle do que o têm outros, e daí a noção de “cooperação nas atividades governamentais”, ao lado do Tribunal de Contas, anexado ao Poder Legislativo. A Constituição de 1967 livrou-se disso. A aproximação dos dois importaria a elevação de um e a diminuição do outro, se pudesse a rubrica alterá-lhes a natureza própria, que dos artigos 72 e 137-139, transparece.

Na Constituição de 1967 foi o Ministério Público colocado em Seção do Capítulo VII, que cogita do Poder Judiciário. Frisou-se a sua auxiliaridade à Justiça. Não lhe exageremos a coerência. Prendeuse, mais na forma do que na substância, a êsse conceito exaltador do ofício do Ministério Público. Porque se manteve a demissibilidade *ad nutum* do Procurador-Geral da República, que é o Chefe do Ministério Público federal em tôda a Justiça, o que permite ao Estado-membro (e lhe sugere) considerar igualmente demissível o Procurador-Geral do Estado. Órgão que fica exposto à vontade de outro Órgão, não tem aquela independência que fôra de mister à concepção do Ministério Público. (Fiquem aqui os nossos votos para que futura emenda constitucional faça eletivos, por eleição direta ou indireta, pelo menos, o Procurador-Geral da República, os Procuradores-Gerais dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e os Procuradores perante os tribunais federais).” (44)

Consagrando a opinião de Pontes de Miranda, decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Relator, o Ministro Djaci Falcão, na Representação nº 753, do Governo do Estado de São Paulo, contra a constitucionalidade do inciso V, do artigo 58, da atual Constituição do Estado:

“Conquanto (o Ministério Público) exerça atos de promoção perante o Poder Judiciário, e apesar de situar-se na vigente Constituição do Brasil no Capítulo que trata do Poder Judiciário (Capítulo VIII, Seção IX), verdadeiramente não integra êste Poder. Não é órgão judiciário.

Desfruta, sim, uma posição especial, que o diferencia do funcionalismo comum.” (45)

(43) Parecer da Assessoria Legislativa do Senado sobre o Ministério Público na Constituição de 1967.

(44) PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição Brasileira de 1967, vol. IV, pág. 322.

(45) Decisão do S.T.F. na Representação nº 753, Acórdão de 12-6-68, in “Justitia”, vol. 61, pág. 51.

Efetivamente, o artigo 107, da Seção I, do Capítulo VIII (que cuida do Poder Judiciário), do Título I da Constituição do Brasil de 1967, estabelece expressamente que:

“Art. 107 – O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos:

I – Supremo Tribunal Federal;

II – Tribunais Federais de Recursos e juízes federais;

III – Tribunais e juízes militares;

IV – Tribunais e juízes eleitorais;

V – Tribunais e juízes do trabalho.”

Não há aí nenhuma referência ao Ministério Público, e não vamos defender o que nos parece indefensável e evidente: há dispositivos contraditórios na Constituição Federal. . .

Vimos, pois, que existe o dissídio. E seríssimo, porque acêrca da própria natureza de uma das mais prestativas e importantes instituições do mundo moderno, e com possibilidade de provocar conseqüências de ordem prática as mais desalentadoras, caso não se estabeleça, desde logo, uma segura orientação.

Da forma como se encontra, o *status* jurídico-constitucional do Ministério Público não pode subsistir. É ilógico e irracional. E não se concebe que uma Constituição encerre em seu bôjo dispositivos ilógicos e irracionais. E os dizemos ilógicos e irracionais não porque não entendemos que os atos praticados pelos representantes do Ministério Público não possam dizer-se “judiciários” ou “jurisdicionais”, mas, sim, pelo argumento trazido à colação por Pontes de Miranda, quando doutrinou linhas atrás, que “órgão que fica exposto à vontade de outro órgão não tem aquela independência que fôra de mister à concepção do Ministério Público”.

Ora, se é ou foi a intenção do legislador constituinte integrar o Ministério Público no Poder Judiciário, então que o fizesse com maior sistematização, com maior coragem e coerência. Não basta que o integre apenas na “rubrica”, para que êle, num passe de mágica, seja Órgão do Poder Judiciário, e sendo órgão dêsse poder, atue sob a dependência do Poder Executivo. . .

No caso em que a intenção fôsse integrá-lo no Poder Judiciário (que, a nosso ver, ainda não seria a melhor solução, o que mostraremos em seguida), seria necessário que se reformulasse, inclusive, a própria estrutura do Poder Judiciário, com a criação de um órgão coletivo de cúpula, que poderia denominar-se, à semelhança do que ocorre na Itália, “Conselho Superior da Magistratura”, e que seria integrado não só por representantes da Magistratura judicante, mas também por magistrados do Ministério Público.

Não é admissível que se encaixe uma Instituição do porte do Ministério Público na estrutura do Poder Judiciário sem se realizar qualquer modificação nessa estrutura. . .

E vamos demonstrar que há razões substanciosas e incontestáveis para que o Ministério Público seja considerado uma autêntica magistratura, e, como magistratura, integre plenamente o Poder Judiciário.

E, se assim fôsse, só teria que lucrar o Poder Judiciário, e a própria Justiça, visto que os juízes contariam, doravante, para auxiliá-los na realização do Direito, mediante a prolação da sentença, justa, com um órgão promovedor da ação, fiscal da aplicação das leis, dotado da mais ampla autonomia, garantias e absoluta isenção.

Outra não é a opinião de Biagio Petrocelli, jurista renomado e Juiz da Corte Constitucional italiana, quando afirma que “ocorre acrescentar que a subordinação do Ministério Público a tal dependência ou ainda a semelhante influência em relação ao Poder Executivo, acarretaria fatalmente um prejuízo à objetividade e imparcialidade da instituição, e traria para o poder jurisdicional um sério perigo de divórcio da realidade dos fatos que devem estar sob o seu exame”, e que o ressurgimento da subordinação do Ministério Público ao Poder Executivo “refletiria na consciência jurídica dos povos como um retrocesso no tempo, como um indesejado regredir na Instituição. Este fato que seria tanto mais grave, quanto a evolução do Ministério Público para a total independência, pertence à história de toda a Magistratura”. (46)

Palavras judiciosas, que representam não só um brado de alerta, como um chamamento para a luta, de todos os Juízes para a justa causa do Ministério Público independente. O Ministério Público brasileiro, a despeito de todas as tentativas de diminuí-lo, a despeito de todos os entraves que interesses espúrios colocam no seu caminho, é ainda unânimemente reconhecido como o baluarte das liberdades públicas, como o órgão por excelência da assistência social, como excelso promotor da Justiça e do Direito. Age sempre o Ministério Público no sentido da reta aplicação da lei da realização do direito em cada caso concreto, da distribuição da Justiça aos dela necessitados, à semelhança dos juízes. E, se o Ministério Público não agisse com essa vocação irreversível, com essa perene integridade e serenidade, mas, ao contrário, agisse com espírito faccioso, com parcialidade ou movido por sentimentos menos honestos, teriam os juízes, na tessitura do processo, nos meandros de uma prova parcial e distorcível ao arbítrio da vontade humana, porventura, condições materiais para fazer emergir à tona, cristalina, a verdade real?

Certamente que não, e essa como que impotência dos Juízes para modificar uma prova, um depoimento que no íntimo percebem faccioso, é reconhecível por todos aqueles que possuem razoável prática judiciária. E isto se explica pelo estado psicológico peculiar aos julgadores, que, sob o fundado receio de não parecerem parciais, máxime quando insinuados dessa possibilidade por hábeis defensores, se abrandam consideravelmente, mais do que seria de se desejar, na perquirição da verdade.

Dessa forma, a independência do Ministério Público resulta como condição existencial da própria realização da Justiça.

Voltando ao ponto em que afirmamos que “há razões substanciais e incontestáveis para que o Ministério Público seja considerado uma autêntica magis-

(46) BIAGIO PETROCELLI, *O Ministério Público “Órgão de Justiça”, in “Justitia”, 61/173.*

tratura”, invocamos o depoimento de Ruy Barbosa, um dos maiores cérebros jurídicos da nacionalidade:

“Onde quer que se vá buscar, a tal respeito, a lição dos mestres e o ditame das legislações, se achará que o Poder Judiciário abrange, com os juizes e tribunais, o Ministério Público, elemento integrante e substancial da Magistratura investida nas funções da Justiça.”

E concluía seu pensamento afirmando que “em suma, a Magistratura conferida ao Poder Judiciário se distribui entre os juizes que julgam de direito, e os procuradores-gerais ou seccionais que dêle dizem, aparelhando, facilitando e esclarecendo a ação dos primeiros. Uns e outros, pois, são a meu ver, membros do Poder Judiciário”. (47)

Em outra passagem, dizendo sôbre a instituição, o grande Rui afirmou peremptoriamente que “o Ministério Público é rigorosamente, a personificação de uma alta magistratura”. (48)

A mesma afirmação faz Sabattini, em seu “Principii di diritto processuale penale italiano”:

“O Ministério Público pertence à ordem judiciária, não há dúvida; e exatamente, os funcionários desta ordem distinguem-se em duas categorias: os que manifestam a função jurisdicional e os que manifestam a função de velar pela observância da lei *in generi* e de agir na tutela do direito objetivo e do penal, em espécie, e, ainda de qualquer interesse público que mereça a proteção e interferência concreta do Estado para o fazer valer e respeitar. O Juiz atua a Justiça, na prática de seu poder jurisdicional: o Ministério Público concorre a idêntico objetivo, exercendo o poder que se costuma qualificar de requerente, embora êsse vocábulo não traduza junto ao mesmo poder, todo o seu conteúdo intrínseco de energia, de iniciativa, de impulso e de ação; um e outro, no campo da justiça, que abrange tanto a ação, a execução e a vigilância, quanto a jurisdição e a decisão. Portanto, um e outro pertencem à ordem judiciária.” (49)

Também na Itália, o mestre Francesco Carrara, depois de revelar que, historicamente, na civilização moderna a figura do Ministério Público foi-se purificando, gradativamente, destacando-se de qualquer representação dos interesses da Coroa e dos interesses fiscais, assumindo cada vez mais uma posição de imparcialidade, “tornando-se, não um representante do govêrno, mas um órgão da Magistratura, e aquêle que voltasse a afirmar que o Ministério Público é um órgão do Poder Executivo o conduziria sem aperceber-se, às suas antigas condições.” (50)

Igualmente, no mesmo sentido, temos a opinião de Satta, notável processualista italiano, que, desenvolvendo a teoria dos “atos jurisdicionais”, chegou à conclusão que “é jurisdicional não sômente aquilo que no sentido mais es-

(47) RUI BARBOSA, citado por ALFREDO VALADÃO, *Revista dos Tribunais*, 225/33.

(48) RUI BARBOSA, citado por IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA, obra citada, pág. 528.

(49) SABATTINI, apud *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código do Ministério Público do Estado de São Paulo*, de 1947.

(50) FRANCESCO CARRARA, apud BIAGIO PETROCELLI, “*Justitia*”, 61/177.

trito é o ato propriamente dito do *judicare*, mas todos os atos que, no campo da função judiciária, se dirijam à realização dêsse fim”.

E que,

“o interesse na atuação da lei, que é inerente e essencial ao Ministério Público, não é, nem pode ser, uma tarefa da administração, uma vez que o interesse da administração é sempre um interesse concreto relativo a um objetivo particular a ser conseguido, em relação a uma necessidade particular, um interesse, pois do qual a administração é titular, em uma posição semelhante àquela do cidadão em relação aos seus interesses individuais.

Portanto, a expressão e a personificação do interesse em exame não podem ser outro que não o Poder Judiciário, isto é, aquêle Poder do Estado que tem como seu objetivo fundamental e exclusivo a declaração e a aplicação do direito” (51)

Completando essa magnífica doutrina, Biágio Petrocelli entende que “não se deve admitir que a posição do Poder Judiciário possa traduzir-se, no campo do processo penal em uma, por assim dizer, “titularidade inerte ou em uma posição isolada de passiva expectativa, através da qual o Poder Jurisdicional terminaria, inevitavelmente, por entregar a outros, que não a si próprio, uma ingerência efetiva na função”, com a consequência de lançá-la na incerteza e no arbítrio das posições particulares e, acima de tudo, políticas. De onde decorre a necessidade de que o órgão jurisdicional autêntico, fique sempre aguardando de outrem a iniciativa de promover a ação, com o corolário de que este alguém fique situado no campo do próprio Poder Judiciário, com uma posição semelhante de imparcialidade e independência, como está assegurado aos Juizes.

O Poder Judiciário, na solução do caso concreto particular, deve ser neutro; mas há de ser ativo com relação à exigência geral de que a lei penal seja atuante em todos os casos. O Ministério Público, que expressa e personifica tal exigência, tem desenvolvido, na civilização contemporânea, cada vez mais, os seus traços característicos, e desdobrado a sua ação no sentido de afastar de si, progressivamente, tudo que o prendia, de início, a interesses estranhos à justiça; e, pouco a pouco, vai-se firmando nesta posição. Órgão não apenas de atividade propulsora externa como haveria de ser se o relegássemos para o âmbito da Administração Pública, submetendo-se ao Poder Executivo e às suas inspirações políticas de natureza vária, mas de atividade interna, provido do mesmo interesse superior da autoridade judiciária, apoiado nas mesmas razões de imparcialidade e independência.” (52)

Por tais razões é que tem sido denominado pela doutrina mais recente de *Órgão ativo do Poder Judiciário*.

(51) SATTI, apud BIAGIO PETROCELLI, “*Justitia*” 61/177.

(52) BIAGIO PETROCELLI, obra e local citados.

Com relação ao conceito de jurisdição e dos atos jurisdicionais, argumenta Petrocelli que se

“deve reconhecer que atos do Ministério Público, informados por um interesse que é geral em relação ao interesse particular da administração pública, não são “administrativos”, do mesmo modo como não se pode classificar de administrativo aqueles atos que, embora pertinentes ao Juiz (por exemplo, o exame pessoal do denunciado e das testemunhas no curso da instrução, ou no julgamento), são entretanto alheios ao ato jurisdicional propriamente dito da aplicação do direito ao caso concreto.

Compete à doutrina, no seu desenvolvimento, estabelecer se será mais conveniente construir um conceito amplo elástico de ato jurisdicional, ou, ao contrário, ao lado da categoria do ato mais estritamente jurisdicional, esboçar-se um outro mais extenso, de atos de justiça, ou como melhor se queira designar, ou seja, de atos que não são exclusivamente declaração de direito, mas que são, na sua essência, dirigidos exclusivamente a êsse objetivo e que não são, certamente, atos administrativos.” (53)

Não foram outros os ensinamentos de Enrico Spagna Musso (54), ao afirmar que:

“por outro lado, os poderes do Ministério Público inerentes aos exercícios da ação penal, e, ademais, os que dizem respeito ao processo civil, dão ensejo a uma atividade que, mesmo que não se queira definir como jurisdicional, sempre se inserirá no procedimento jurisdicional, e que é, de qualquer forma, qualificada como atividade judiciária, enquanto também ela está voltada para a aplicação *secundum jus*, do preceito legal.

Não se deve esquecer que os atos do Ministério Público que atendem ao desenvolvimento do processo também são suscetíveis de classificação no quadro da teoria geral do procedimento e que a maior parte deles é classificada como atos de iniciativa e de impulso. E o instituto, no exercício de seus poderes, dando vida a atos que se inserem num procedimento, isto é, numa série de atos funcionalmente preordenados para a obtenção de um ato final, exerce uma atividade que, qualquer que seja sua qualificação formal, concorre para a formação da sentença e, por conseguinte, que é idônea para conceder-lhe uma tutela especial de independência.”

Também o Ministro Amphilophio Botelho Freire de Carvalho, no mesmo rastro de Rui, ao comentar o texto da Constituição de 1891, asseverou que “é incompleta a enumeração do artigo 55 do instrumento constitucional”, que,

“Absolutamente não exclui do quadro da Magistratura Federal o pessoal do seu Ministério Público, órgão tão essencialmente judiciário,

(53) BIAGIO PETROCELLI, obra e local citados.

(54) ENRICO SPAGNA MUSSO, obra e local citados.

pela natureza, quanto o são, pelo mesmo critério das funções que lhes pertencem, os magistrados julgadores, da jurisdição federal.” (55)

E, em apoio de seu entendimento, cita Mattiolo:

“De piú si ritenne necessario che il governo avesso il suo diretto rappresentante presso l'ordino giudiziario; e questo rappresentante e il Pubblico Ministero, che sta come intermediario fra l'autorità giudiziaria e lo Stato; Infanti isuoi funzionari appartecomo all'ordine giudiziario in quanto cooperano in vair modi all'amministrazione della giustizia, e, per altra parte, sono sotto la direzione del governo che essi representano.” (56)

E não é outra a opinião de E. Algrave:

“La reorganisation de ce corps par les lois de premier Empire l'a place dans une situation intermédiaire entre l'administration et les tribunaux.

Comme les juges, les membres du Ministère Public appartiennent a la magistrature; ils'ont droit à la plus entière independence, et nous avons montré que le garde de soeux lui même ne pouvait ni dicter leurs paroles ni forcer des actes.” (57)

Dessa forma, acentua Amphiphio Botelho, “o Ministério Público constitui a magistratura — “qui poursuit” — em contraposição à magistratura — “qui juge” —, na expressão de F. Jacques”.

Carsonnet, em França, definiu o Ministério Público como a “magistrature débout”, em oposição à “magistrature assise.” (58)

Já Pimenta Bueno afirmava no Brasil que,

“além de política, administrativa e criminal, o Ministério Público é, também, uma útil magistratura civil.” (59)

Faz-se necessário que citeamos ainda o entendimento de João Monteiro, um dos maiores mestres de nosso Processo Civil:

“Escritores há que consideram o Ministério Público uma magistratura especial, estabelecida junto aos tribunais, como representante do Poder Executivo, e incumbida de vigiar pela observância das leis, promovendo, quando necessário, a respectiva execução.”

E acrescenta em seguida:

“Neste sentido, o Ministério Público completa a organização Judiciária do País. (60)

Galdino Siqueira, em seu “Curso de Processo Criminal”, afirmou que “o Ministério Público, tornado o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o representante da sociedade, o procurador dos interesses gerais da União (ou

(55) AMPHILOPHIO BOTELHO FREIRE DE CARVALHO, *O Direito*, pág. 47.

(56) MATTIROLLO, *Istituzione di Diritto Giud. Civile*, nº 41/31, 1899.

(57) E. ALGRAVE, *Précis de Procédure Civil*, pág. 50, apud AMPHILOPHIO BOTELHO.

(58) AMPHILOPHIO B. F. DE CARVALHO, obra e local citados.

(59) PIMENTA BUENO, “Direito Público”, pág. 387.

(60) JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil e Comercial*, § 51, pág. 193.

dos Estados e Territórios), e o promotor da ação pública contra as violações do direito, se não constitui uma magistratura no sentido restrito, porque não é órgão judiciário, isto é, não julga, não deixa de fazer parte integrante e necessária do Poder Judiciário, por isso que é com a sua provocação que se exerce, em regra, a função de julgar em matéria penal... Temos assim, no Ministério Público uma magistratura, *sensu lato*, atenta à sua função, a qual, se de um lado participa do poder executivo, de outro constitui um complemento necessário da função de julgar, ou parte integrante do poder judiciário." (61)

Mais recentemente, o Parecer da Assessoria Legislativa do Senado Federal, analisando a posição do Ministério Público no anteprojeto da Carta Constitucional de 1967, assim se exprimiu:

"Mudaram-se, assim, os rumos doutrinários anteriormente adotados, tomando-se uma nova posição que, segundo tudo indica, é a mais correta e perfeita, qual a da integração definitiva do Ministério Público como componente do Poder Judiciário."

E acrescenta mais, como já tivemos oportunidade de citar anteriormente:

"Dizemos ser esta a posição mais correta porque a consciência jurídica universal já consagrou o Ministério Público como a Magistratura de Pé, ou seja, como a parte dinâmica da magistratura, aquela que aciona tôda a máquina judiciária." (62)

Mário Dias, em sua excelente monografia sobre o Ministério Público, já citada, coloca finalmente a questão nos seguintes termos, partindo da afirmação de Sabattini de que tanto o Juiz, como o representante do Ministério, pertencem à ordem judiciária:

"Ora, se a "ordem judiciária" somente poderá existir e manter-se em função do Poder Judiciário, é claro que o Ministério Público, a quem compete fazer valer e respeitar essa ordem, deverá ser considerado como parte integrante daquele Poder."

E, como conclusão de tôda sua obra, o supracitado autor só divisou dois caminhos, ou duas soluções, sendo que uma excluiria a outra:

"Assim, ou deve ser o Ministério Público considerado definitivamente como parte integrante ou órgão do Poder Judiciário, ou então, como um quarto poder, a quem caberá a ação, a execução e a vigilância no campo da Justiça, mas tanto em um, como em outro caso, investido de plena autonomia e independência."

E são suas palavras finais uma advertência a todos aquêles que teimam em não querer enxergar o irrealismo e o irracionalismo da situação atual da Instituição, e jamais se preocupam em procurar estabelecer a solução definitiva, que, por ser revolucionária e romper com os velhos conceitos, preconceitos e

(61) GALDINO SIQUEIRA, *Curso de Processo Criminal*, 1930, pág. 81.

(62) Parecer já citado, publicado n'O Estado de S. Paulo de 16-4-67.

tabus do passado, exige muita dose de coragem e audácia, e, por ser a única plausível, mais dia, menos dia, mais cedo ou mais tarde, deverá se impor:

“Eis mais uma vez demonstrado a que dificuldades tremendas conduz o legislador, quer constituinte, quer ordinário, a velha e já inconcebível teimosia de não se querer reconhecer expressamente, desassombadamente, o decisivo e necessário papel reservado à instituição do Ministério Público na realização dos verdadeiros ideais democráticos.” (63)

Como se verificou, a tese de o Ministério Público como parte integrante do Poder Judiciário tem encontrado, no concôrto dos países civilizados, os mais numerosos e notáveis adeptos.

Concretamente, as legislações da Itália e da França, vêm procurando, ainda que (nos parece) tímidamente, dar expressão à idéia, e os resultados, ao que nos consta, têm sido os mais auspiciosos possíveis, mesmo porque, integrando-se no Poder Judiciário, tendo por direção um órgão de cúpula desse mesmo poder, de cuja composição participe, sendo dotado das mesmas garantias que os seus demais membros, estariam os membros do Ministério Público numa situação de plena independência, livres de pressões externas, e, portanto, aptos a melhor cumprirem suas relevantes funções.

Mas, é de se perguntar: Seria esta, rigorosamente, a solução mais acertada?

Num exaustivo exame da totalidade dos atos e das funções atribuíveis aos juizes e aos membros do Ministério Público, não haveria a possibilidade de, em dado momento, uns virem a se antepor aos outros, desde que qualquer dêles extravase os limites da estrita legalidade?

E, nessa hipótese, pertencendo ambos a um mesmo Poder, não seria imaginável, e até mesmo viável, que um se omitisse ante os deslizes praticados pelo outro, por puro espírito de “compadrismo” ou “coleguismo”?

E não haveria a possibilidade de se formar uma verdadeira casta ou oligarquia dentro do Judiciário, desde que, unidos os dois Podêres, nenhum outro existe para antepor-se a êles, dentro da ordem judiciária?

E, na suposição retro referida, se um dos dois não se omitisse ante os deslizes praticados pelo membro do outro, mas, agisse “de direito”, não seria possível que se viesse a lavrar uma profunda cisão dentro do Poder Judiciário, pela solidariedade que os membros de cada uma das instituições pudessem manifestar a seus parceiros em confronto?

Por essas razões, e pelo fundado receio de que esta fusão venha a anular os benéficos resultados para a Justiça da estrita vigilância que uma instituição exerce sôbre a outra (ou deva exercer), através de seus órgãos e de seus membros, dentro e fora do processo, nos planos judiciário, moral, cultural, e social, é que não endossamos *in totum*, a tese de que o Ministério Público deva compreender-se e integrar-se no Poder Judiciário, embora estejamos convictos, pelos argumentos apresentados, de que êle exerça uma autêntica magistratura, a

(63) MÁRIO DIAS, obra e local citados.

magistratura *qui poursuit*, a magistratura requerente, promovente e fiscalizadora, ao lado da magistratura judicante.

Assim é que caminhamos para a última parte de nosso estudo, onde procuraremos apresentar a solução que melhor se coaduna com a grandeza e magnitude da Instituição, e a que melhor atende às necessidades da Justiça, nos tempos atuais.

VI — O MINISTÉRIO PÚBLICO: ÓRGÃO DA SOBERANIA DO ESTADO

Seja-nos permitida breve digressão sôbre alguns conceitos jus-filosóficos, dos quais não se pode perder de vista para a exata compreensão dos objetivos a que nos propomos atingir.

Entre tais conceitos avultam os da soberania do Estado, e o do próprio Estado, com seus órgãos e funções.

Como se sabe, num dado tempo e lugar, existe um Estado, é necessário a ocorrência de três elementos essenciais: um povo (que se formou em nação); um território, que é sua base física; e um govêrno próprio, independente dos demais (que é a expressão de sua soberania).

Segundo a “doutrina alemã da soberania do Estado”, o Estado é a nação encarada do ponto de vista de sua organização política — é a nação dotada de seus direitos e servida por seus representantes. O Estado, corporação política, é que é a pessoa jurídica, titular do direito de soberania; a nação é um simples elemento de composição do Estado.

O Estado soberano, que é uma pessoa coletiva, tem necessidade de manifestar sua vontade. E o Estado se exprime por seus órgãos.

Como bem disse e definiu Jellinek, “o indivíduo que traduz a vontade da pessoa coletiva é o órgão dessa pessoa”. Órgão é, pois, o instrumento de expressão da vontade do Estado: confunde-se com o próprio Estado, de que é elemento inseparável de composição. Um Estado pode ter um ou vários órgãos, com características próprias, agindo de concôrto.

Funções são as atribuições assinadas à atividade dos órgãos. Como bem disse Eusébio de Queiroz Lima, “ainda que correlativos e intimamente entrelaçados, os conceitos de função e de órgão não se confundem. Funções são as atividades próprias do Estado, ao passo que órgãos são os aparelhos de govêrno a cuja atividade o desempenho das funções é confiado.”⁽⁶⁴⁾

Assim, temos no Estado as funções legislativa, executiva e judiciária, e como órgãos encarregados de desempenhá-las os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Já o conceito de soberania, essencial à própria existência do Estado, é, no dizer de Darcy Azambuja,

“a qualidade que tem o poder de ser supremo dentro dos limites de sua ação — realizar o bem público — e que pertence ao Estado,

(64) EUSÉBIO DE QUEIROZ LIMA, *Teoria do Estado*, pág. 306, Record Ed.

enquanto o exercício da soberania compete ao governantes. É errôneo, portanto, dizer que a soberania pertence ao povo, ou ao rei. Ela é um grau, uma qualidade do poder que só o Estado possui e só êle deve possuir.

A soberania, pois, não é o poder do Estado, mas uma qualidade dêsse poder, a de ser supremo e definitivo dentro do domínio que lhe é reservado, e de acôrdo com as condições, fôrça, bem público e competência. Sendo assim, tôdas as contradições que o conceito clássico da soberania levantava quanto aos seus atributos não têm razão de ser. Tal como ficou conceituada, a soberania é, e não podia deixar de ser, una, indivisível, imprescritível e inalienável.” (65)

O Estado moderno, devido à complexidade de suas funções, traduz sua vontade por um conjunto de órgãos, aos quais se incumbe representar e expressar seus podêres soberanos.

A concepção tripartida original dos podêres do Estado foi expressa, pela primeira vez, por Montesquieu, que, além disso, advogou a necessidade de sua separação:

“Em todo o Estado, diz êle, há três espécies de podêres, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, êle faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos particulares. Chama-se à última o poder de julgar e à outra simplesmente o poder executivo do Estado.”

E em seguida passa o grande jus-filósofo a explicar as razões pelas quais êles devem ser separados:

“A liberdade política sòmente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dêle abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder necessário que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está unido ao poder executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tirânicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se aquêle estiver unido ao poder legislativo, o poder sôbre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o Juiz será também legislador.

(65) DARCY AZAMBUJA, *Teoria Geral do Estado*, pág. 84.

Se o poder de julgar estiver unido ao poder executivo, o Juiz terá a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis, ou de nobres, ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares.” (66)

Dessa forma, podemos concluir que, pelo menos até o século passado, os poderes do Estado, arrolados em número de três, se expressavam pelos seus grandes órgãos principais: o legislativo, o executivo e o judiciário, que, de seu turno, delegam funções secundárias a outros seus órgãos secundários.

Feitas tais considerações, indispensáveis à exata compreensão e situação da matéria em estudo, cabe-nos agora situar o Ministério Público em todo esse contexto jus-filosófico.

O Ministério Público, como bem acentuou Tommaso Vila, “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.” (67)

Por isso é que César Salgado salienta que, sendo “órgão da soberania do Estado e não do Governo, o Ministério Público impõe-se como detentor de prerrogativas dessa mesma soberania, inerentes ao exercício de suas atribuições primordiais.

A nítida compreensão do caráter do Ministério Público, na qualidade de órgão do Estado e não apenas de seu representante, pressupõe o conhecimento do que, em rigorosa técnica jurídica, se convencionou chamar de “organicidade” e “representação”.

Seja-nos permitido invocar a lição de Comba (“Organo e rappresentanza nella dottrina de gli enti collettivi”, pág. 20):

“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 não se distinguem, mas lhe são partes integrantes; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgão e pessoa jurídica, porque quando aquêle age é como se fôra a mesma pessoa jurídica.”

(66) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Liv. XI, chap. VI.

(67) TOMMASO VILA, *Il Pubblico Ministero*, pág. 143.

Estas observações, Jellineck as sintetiza, como de hábito, na sua conhecida expressão:

“atrás do representante, há outra pessoa, atrás do órgão não se vê ninguém.”

Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, com êle se confunde, e, como outros órgãos estatais,

“vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado, com autonomia da vontade, de objetivos e de poderes”, na frase de Giuseppe Sabatini (“Il Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale”, pág. 109)”. (68)

Trocando ainda mais em miúdos, se isso fôsse possível, diremos que, sendo o Ministério Público órgão do Estado e portanto, dotado de uma parcela da soberania do Estado (que, apesar de ser una e indivisível, no plano interno se fragmenta entre suas diversas funções), os seus agentes, os seus membros, os seus representantes ao agirem, o fazem em nome do Estado, no exercício da soberania do Estado.

Houve época, realmente, em que o Ministério Público não passava de mero representante do Executivo (o “procureur du roi”), e, ainda hoje, como vimos, na defesa da Fazenda Pública em juízo, função esta que lhe é delegada por motivos de mera oportunidade, exerce esta representação.

Quanto às demais funções, atua sempre na condição ou qualidade de órgão da soberania do Estado, e não como representante de qualquer de seus poderes.

Assim é que o grande mestre pátrio Francisco Campos, bem apreendendo a situação, ensinou que “representa apenas um passo a mais na linha tendencial que vem conduzindo o Ministério Público de sua primitiva subalternidade na hierarquia administrativa, como simples instrumento ou agente do Governo junto à Justiça, para a situação de um agente de caráter eminentemente social, cuja função não é a de auxiliar do Governo, mas de cooperador com a Justiça, no sentido de facilitar a esta a realização mais satisfatória das finalidades de ordem social que constituem a sua razão de ser”. (69)

E, como ápice desta linha tendencial teremos, sem sombra de dúvida, a realização da profecia de Alfredo Valadão, quando afirmou que “o Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o “Espírito das Leis”, por certo não seria triplíce, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria êle — 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”. (70)

(68) CÉSAR SALGADO, *Campos Sales...*, citado, pág. 18.

(69) FRANCISCO CAMPOS, *Memorial apresentado ao STF*.

(70) ALFREDO VALADÃO, apud *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, de Roberto Lyra, pág. 17.

Por ocasião da abertura do Segundo Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em Havana, em 1957, desta forma se pronunciou o Dr. Elpidio García Tuduri, Presidente do referido Congresso:

“El Ministerio Público es sin duda una de las instituciones más fundamentales e imprescindibles del Estado.

Los clásicos Poderes que integran este último, con sus funciones específicas, sus potestades propias y sus contenidos concretos llenan y cubren desde un punto de vista positivo lo que concierne a la organización y fines del organismo estatal; la actuación funcional de los mismos, para la excitación oportuna para dichos funcionamientos, está, no cabe dudarlo, en todos los pueblos civilizados, bajo la tutela de esta sub-estimada Institución, que se llama el Ministerio Fiscal. Y fácil es reconocerlo con solo ligero exámen de sus exclusivos deberes: cuando en la integración y funcionamiento de sus respectivos órganos, se olvidan las normas constitucionales y legales preestablecidas conforme a las cuales aquélas has de realizar-se, es en la casi generalidad de los pueblos, que ejerciendo su tutela de aquellos activisa, su función y reclama en nombre de la sociedad que representa, el restablecimiento del orden constitucional y legal quebrantado, mediante los recursos que las leyes ponen en sus manos para tal fin. Cuando la defensa de la Sociedad o algunos de sus miembros integrantes, requieren en caso concreto la protección de la norma que para corregir el desafuero o preservar del perjuicio susciten en la legislación, abogado del pueblo y procurador de la sociedad, es el Ministerio Público quien levanta su voz y aboga por su representado para que se aplique la Ley y se cumpla la Justicia. Cuando huérfanos de protección y amparo en el debate de intereses de ordenes civil y económico, propio de los pueblos de nuestra ideología democrática, determinados miembros de la sociedad por su ausencia, por su incapacidad mental o física, por su edad, o por otras circunstancias que limiten su capacidad, no pueden estar presente en la contienda, el Ministerio Fiscal, tutor general de los incapacitados, representante permanente de los ausentes, de los débiles y de los ignorados, claman su puesto y alza su voz en nombre de los mismos, y sus derechos quedan defendidos y sus personalidades quedan representadas y sus ausencias quedan garantizadas y sus acciones quedan ejecutadas, y el imperio de la Ley y del Derecho, resplandecen brillante por su acción, bajo el ámbito sin nubes del eterno sol de la Justicia.

He ahí solo, algunas fases, de las múltiples, exclusivas, extraordinarias y fundamentales funciones del Ministerio Fiscal en nuestra democracia. Por eso decía nuestro ilustre colega el Dr. César Salgado, hace tres años, en brillante discurso que pronunciara en acto como este, en que se inauguraba el Primer Congreso del Ministerio Público que celebramos en la ciudad de San Pablo, en el Brasil, que el Ministerio Público era y le correspondía, por derecho y justificación ser un Cuarto Poder del Estado.

Y así es efectivamente, por que si del estudio de la concreción de las funciones de los clásicos tres Poderes del Estado, llegamos a la con-

clusión que al Ejecutivo corresponde la ejecución o practicidade objetiva de los fines del Estado; al Legislativo, la declaración y regulación legislativa de los mismos y al Judicial la interpretación de aquéllos, conforme a la Constitución y la concepción y ideario político en que se ha constituido el Estado y sus desenvolvimientos através de las Leyes; al Ministerio Fiscal corresponde en términos generales, la función de interesar em nombre del pueblo y da la sociedad a los que representa, que los órganos referidos ejerzan sus potestades y ajusten sus funcionamientos, conforme con aquéllos principios y de acuerdo con las ley es organicas respectivas, amén que en la aplicación de éstas, en las órbitas o campos respectivos de esos Poderes, se observen y respeten sus contenidos o finalidades esenciales que los animen.” (71)

O conceito rígido da separação dos poderes do Estado, que prevaleceu durante certo tempo, pois era tido como corolário da garantia das liberdades dos cidadãos, foi paulatinamente sendo amenizado, até que o critério clássico de harmonia e equilíbrio entre os Poderes viu-se substituído pelo novo critério de coordenação e cooperação dos poderes. Assim é que o critério da separação das competências exclusivas em compartimentos estanques, foi substituído pelo critério alemão de divisão atenuada, admitindo a competência supletiva de um poder dentro do quadro da competência exclusiva do outro. As Constituições modernas possuem numerosos exemplos dessa natureza, quando, *v. g.*, deferem ao Executivo a faculdade de legislar, ou quando vedam ao Judiciário a apreciação de certos atos do Executivo, ou quando atribuem ao Congresso o julgamento das contas do Presidente da República etc.

A Constituição Brasileira de 1934, no rasto dessa nova tendência de interpenetração dos poderes, criou os órgãos de coordenação dos poderes e de cooperação nas atividades governamentais, cuja missão, no dizer de Queiroz Lima, “de colaboração e contróle, em face dos poderes políticos, é a razão de ser de sua existência. Como órgão de coordenação dos poderes a Constituição criou o Senado Federal. Como órgão de cooperação nas atividades governamentais, a Constituição qualificou o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos (artigos 95 a 103)”. (72)

Esta solução original, que merece maiores estudos, não foi contudo, mantida nas Constituições que se seguiram, e durou apenas três anos, deixando de ser adotada na Carta de 1937 e nas Constituições posteriores.

E, sem dúvida, com a devida independência, tanto o Ministério Público, como o Tribunal de Contas, bem poderiam ser enquadrados como órgãos de cooperação nas atividades governamentais e de fiscalização dessas mesmas atividades. Como vimos anteriormente, ao analisarmos os limites da atuação do Ministério Público na esfera dos três poderes, verificamos perfeitamente que essa Instituição realiza, para com os mesmos, incontestáveis funções cooperadoras, ao mesmo tempo que fiscalizadoras, funções estas que, igualmente, realiza o Tribunal de Contas, e cuja competência deveria estender-se ao âmbito dos Poderes Judiciário (enquanto manipule verbas) e Legislativo (*idem, idem*).

(71) ELPIDIO GARCIA TUDURI, in “Revista Interamericana do Ministério Público,” nº 4,

(72) E. QUEIROZ LIMA, obra e local citados.

Disporiam, então, tais órgãos, autônomos, independentes, de um Capítulo próprio (dentro do Título I, e amplo — “Da Organização Nacional” —), na Constituição Federal.

Nesse caso haveria necessidade de uma inteira reformulação dos Ministérios Públicos Federal, Estaduais e das Justiças Especiais, a fim de se objetivar um maior entrosamento hierárquico e funcional entre os mesmos, e uma maior facilidade de prestação de informações e auxílio, dentro dos respectivos âmbitos de suas competências.

É justamente o que não acontece no sistema atual, com sensíveis prejuízos para a boa realização da Justiça.

Como órgão de cooperação nas atividades governamentais seria possível e admissível que se outorgasse ao Ministério Público a representação da Fazenda Pública em Juízo, ao menos temporariamente.

Vimos, pois, que, sendo o Ministério Público o representante da Sociedade e da Lei, agindo sempre em nome de interesses impessoais, aos quais são devidos pelo “Estado de Direito” a máxima proteção e garantias, e como bem salientou Alfredo Valadão, “a sociedade e a lei podem ser ofendidas pelo Executivo, da mesma forma que o podem ser pelo Legislativo (visto que não é possível tomar deliberações contra a lei máxima — a Constituição —) e pelo Judiciário, em decisões que mereçam ser recorridas, não se concebe que o Ministério Público, que deve promover a reparação da ofensa, seja representante de qualquer destes Podêres”.⁽⁷³⁾

Não há como fugir deste raciocínio inelutável:

O Ministério Público, quer examinado em sua essência, quer visto pelo prisma teleológico, ou do seu incessante desenvolvimento e ascensão nos ordenamentos jurídicos dos povos, não pode subjungir-se a qualquer dos três poderes clássicos, sob pena de se consagrar numa Constituição, que é a Lei Maior, o Estatuto Básico de um povo, uma indisfarçável aberração...

E já afirmamos linhas atrás que, da forma como se encontra o Ministério Público em nosso ordenamento jurídico-constitucional, tal *status* não pode subsistir.

Ao encerramento do I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo em 1954, chegou-se à seguinte Proposição Geral:

“O I Congresso Interamericano do Ministério Público considera que a autonomia e a independência do Ministério Público, quando aja como representante da sociedade, constitui uma inspiração dos povos livres, em defesa da legalidade, sendo também uma garantia para o cidadão.”

E, como consequência dessa proposição, fixou os seguintes Corolários:

a) O Ministério Público deve ser considerado nas Constituições como órgão do Estado;

(73) ALFREDO VALADÃO, artigo citado no vol. 225 da Revista dos Tribunais.

b) o Ministério Público deve ser organizado em carreira, mediante concurso de provas e títulos, para nêle se ingressar, assegurando-se aos seus membros garantias idênticas às da magistratura;

c) as funções específicas do Ministério Público são diversas das do de advogado do Estado, razão pela qual devem ser exercidas por órgãos distintos;

d) a escolha dos órgãos de direção dos Ministérios Públicos deverá ser feita pelos próprios órgãos da Instituição;

e) devem ser conferidas ao Ministério Público faculdades bastante para agir, mesmo de ofício, como defensor da Constituição, e, especialmente, dos princípios que garantam a liberdade e demais direitos humanos, quando existam violações imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que afetem pessoas físicas ou jurídicas;

f) ao Ministério Público se devem assegurar poderes constitucionais e necessários ao desempenho eficaz de suas atribuições específicas;

g) a Polícia Judiciária deve estar subordinada ao Ministério Público, que é o órgão competente para promover a prova perante o Poder Judiciário. (74)

E, *mutatis mutandis*, foram as mesmas as conclusões a que chegou César Salgado, em trabalho recentemente publicado:

“De tudo quanto foi exposto, conclui-se que,

a) o Ministério Público é *Órgão do Estado*, partícipe de sua soberania, e não mais simples delegado do Poder Executivo;

b) o Ministério Público tem o caráter de *Magistratura Especial* (“*Magistrat debout*”, na expressão francesa, “*Alta Magistratura*”, no dizer de Rui Barbosa);

c) para assegurar a independência do Ministério Público, no exercício de suas funções, é mister que lhe sejam atribuídas garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, equiparados aos da magistratura, bem como “self-control” administrativo;

d) o Ministério Público, na qualidade de representante da Sociedade e fiscal da lei, desempenha funções de irrecusável importância no Estado democrático;

e) mais alto do que os interesses de qualquer poder, fala a consciência jurídica dos povos civilizados, que vê no Ministério Público o órgão idôneo para vingar os atentados ao direito, à lei e à Justiça.” (75)

A preocupação de todos os tratadistas do assunto em assegurar garantias constitucionais ao Ministério Público não é despicienda e se fundamenta na própria experiência jurídica dos povos.

(74) “Anais do I Congresso Interamericano do Ministério Público”, vol. 2º

(75) CÉSAR SALGADO, artigo publicado n’O “Estado”, citado.

É que, no Estado Federal, se a Constituição Federal não disciplinar a matéria, facultando dessa forma aos Estados-membros, discipliná-la por suas Constituições Estaduais, teríamos afinal uma verdadeira "miscelânea jurídica", com a Instituição (no caso o Ministério Público), disciplinada (ou indisciplinada) nas mais diferentes e variadas formas nas várias Constituições dos Estados-membros.

E mesmo que uma Lei Federal viesse a disciplinar o assunto, seus dispositivos fatalmente viriam a colidir com os dispositivos das Leis Constitucionais Estaduais, não se resolvendo a questão.

Se a matéria fôsse só disciplinada em leis ordinárias, por leis ordinárias poderia ser modificada, ao sabor das diferentes correntes de opinião que viessem a ocupar o governo, o que não daria a estabilidade necessária à Instituição para agir.

Por isso é que são uma exigência da vida democrática, do mundo moderno e da consciência jurídica dos povos que as garantias do Ministério Público estejam inscritas na Carta Magna da Federação.

No Estado moderno, escreveu Cândido Rangel Dinamarco, Promotor Público do Estado de São Paulo, "reconhecido aquêlo princípio de que aos fracos é devida uma proteção, de molde a pô-los em condições de competirem com os fortes em termos de igualdade, havemos de concluir que se valoram negativamente, se considera ilícita tôda conduta que negue aos pobres, aos menores, às mulheres, aos mentalmente enfermos, um tratamento compatível com sua condição de ser humano. É êsse o espírito da democracia social, ou do socialismo democrático. Com êsse espírito, deve-se interpretar a legislação do Estado moderno. A ampliação a tôdas as camadas econômicas e sociais do direito à vida digna é a tendência fundamental da Humanidade, e segundo essa tendência deve desenvolver-se todo o Direito.

Pois a História do Ministério Público é justamente a História do desenvolvimento dessa tendência secular. Em 1937, do Ministério Público já dizia Roberto Lyra: "Depositário de tradições e imagem de tendências, o Promotor Público é o precursor de uma época, em que, na sociedade, só se ouvirá uma voz legítima, a dela própria, como resumo puro e real das notas esparsas." (76)

E nem seria preciso afirmar que, onde mais floresceu a democracia, mais o Ministério Público ganhou condições de independência e garantias para atuar livremente; onde mais imperou o despotismo, mais os déspotas pretenderam usar da Instituição para a consecução de seus desígnios escusos, colocando-a a seu serviço, desfigurando-lhe os ideais, como de resto o fazem com as demais instituições democráticas.

Nos despotismos da Idade Média, era o Ministério Público o "procurador do rei", nas modernas democracias é o defensor da sociedade e o fiscal da lei; nos regimes de fôrça do mundo moderno está mais a serviço do Governo do que da sociedade, nos regimes em que prevalece a "Fôrça do Direito", não se encontra a serviço de qualquer dos poderes clássicos, mas é Órgão da

(76) CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *O Ministério Público na Sistemática do Direito Brasileiro, em Justitia*, 61/161.

Soberania do Estado, a serviço da sociedade e da Justiça; no século passado, no Brasil, e no comêço do século atual, quando imperava o “coronelismo” na política, sempre se pretendeu atrelá-lo aos interesses políticos; já nos tempos atuais, quando a política se volta para o tratamento dos interesses gerais da coletividade, têm deixado os governos maior liberdade à Instituição, no remanejamento de seus membros...

E que não se repitam nos dias atuais as palavras de Temístocles Brandão Cavalcanti, ao deixar o cargo de Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal:

“Senhores Ministros: O Procurador-Geral da República tem uma situação singular neste regime. Tem poderes muito grandes, tem responsabilidades formidáveis, tem que exercer a sua função com dignidade e com justiça, mas está sempre à mercê da vontade do governo. A sua permanência é sempre em função da vontade do Senhor Presidente da República.

Como nem sempre é possível conciliar os interesses da Justiça com os interesses da política, a situação do Procurador-Geral da República é sempre uma situação de natureza instável. Instável, porque tem que colocar a sua consciência e os preceitos da Justiça, os encargos da Justiça, acima dos interesses e das paixões políticas.” (77)

É ilícito ainda que se diga que, a partir do momento em que a escolha dos governantes vá sendo feita realmente dentre “os melhores”, dentre aqueles que se acham realmente preparados para essa grave missão, e que só acedem à suprema magistratura movidos apenas pela ambição de “bem servir”, à medida em que os governantes tomam consciência de que o Estado, seus poderes e instituições, não se confundem com suas próprias pessoas, e que ali não estão a serviço de seus interesses, mas para servir os interesses da coletividade, à medida em que tal vai acontecendo (e nos parece que isto ocorre nos dias atuais), pode o Governo e podem os legisladores se compenetrar de que melhor será outorgar ao Ministério Público a posição que a consciência jurídica universal reclama para êle, mesmo porque o Ministério Público, pela própria essência e pelas exigências atuais da vida jurídica, deve se colocar a serviço da Sociedade, da Lei e da Justiça. E, pois, nada mais acertado e justo do que outorgar-lhe, desde já, a alforria definitiva, extraindo-se de nossa ordem jurídico-constitucional êste terrível aleijão, essa teratologia jurídica que a vem empinando, e que está a reclamar pronta e definitiva solução!

VII — CONCLUSÕES

1º — O Ministério Público livre e independente é uma exigência da consciência jurídica universal e dos postulados da Democracia.

2º — As atribuições, poderes e garantias dêsse Ministério Público devem merecer tratamento constitucional.

(77) TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI, in “Direito”, vol. XLVII, pág. 151.

3º — Outra posição não pode ocupar o Ministério Público no ordenamento jurídico-constitucional que a de “Órgão da Soberania do Estado”, podendo ser definido como “poder fiscalizador e coordenador das atividades governamentais”.

4º — Para tanto, deverá ser dotado das mais amplas garantias e inteira autonomia administrativa (ou ‘self-control’) e financeira, com seus órgãos de direção escolhidos pelos membros da própria Instituição.

5º — Se sua essência e finalidades são sociais, incumbe-lhe, contudo, trazer as lesões dos direitos e as violações da lei para a esfera das ordens jurídica e judiciária.

6º — Atuando na órbita judiciária, e tendo por finalidade, em última instância, a realização do Direito e da Justiça, os atos por êle praticados podem ser definidos como “atos de justiça”, assumindo, pois, a condição de autênticos Magistrados, aos quais são devidas as mesmas garantias, vantagens e dignidades conferidas aos Juizes.

7º — Com tais finalidades e tais objetivos, não pode o Ministério Público ser definido como “parte” na relação processual.

8º — Suas atribuições fiscalizadoras não devem restringir-se apenas ao Poder Judiciário, mas é exigência de nossos tempos que elas venham a se fazer sentir também nas esferas dos Podêres Legislativo e Executivo.

9º — Para bem cumprir seus objetivos no Estado moderno, devem ser-lhe conferidas, além das atribuições explícitas na lei, atribuições implícitas, cabendo-lhe agir onde e quando ocorram violações da lei, atentados à economia popular, à ordem política e social, aos interesses dos incapazes e dos hipossuficientes, ou à segurança pública.

10º — No campo do Processo Penal, na qualidade de órgão da Justiça Pública e titular da ação penal, deve ser-lhe confiada a direção da Polícia Judiciária, eis que é órgão competente para realizar a prova perante o Poder Judiciário.

11º — No campo do Processo Civil, deve ser-lhe deferida a ação pública civil, para atuar como defensor dativo dos miseráveis, nos locais onde não existam advogados, ou onde êstes se encontrem comprometidos com a parte contrária, ou, por qualquer motivo, não se interessem pela defesa dos mesmos.

12º — Como as funções específicas do Ministério Público são de outra ordem que a daquelas exercidas pelos advogados do Estado, deve a defesa da Fazenda Pública em Juízo ser atribuída somente a êstes.

E, nas candentes e inflamadas palavras de Carlos A. Ayarragaray, “el Ministerio Público queda así convertido en cancerbero de las seguridades esculpidas en las tablas de la Carta Magna. Al Ministerio Público corresponderá en el futuro mantener a raya a los mandarines y sustentar el régimen de la legalidad, el cual tiene origen en la existencia de una Constitución escrita, de donde debe ser suprema y victoriosa contra cualquier ataque o menoscabo. Contra el desborde funcional o revolucionario, estará siempre el baularte del Ministerio Público.” (78)

(78) CARLOS A. AYRRAGARAY, obra e local citados.