

Este trabalho é o resultado de estudos feitos em Lisboa, compreendendo estágio na Procuradoria-Geral da República, sob o alto patrocínio do Instituto de Alta Cultura e do Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, no período de 3 de maio a 31 de julho de 1971.

# ASPECTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL E DO BRASIL

## ESTUDO COMPARATIVO

Luís FREDERICO CASTELO BRANCO  
Procurador-Geral do Tribunal de Contas do Distrito Federal

### APRESENTAÇÃO

### SUMÁRIO

#### PARTE I

#### HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

- |   |  |
|---|--|
| 1. Evolução do Ministério Público em Portugal         | — Outras normas sobre o Ministério Público no séc. XIX |
| — Origens   | — A grande reforma de 1901                             |
| — A reforma de 1822                                   | — Legislação republicana                               |
| — A reforma Mouzinho da Silveira — 1832               | 2. Evolução do Ministério Público no Brasil            |
| — O primeiro estatuto do Ministério Público Português | — Período do Império                                   |
|   | — A República e a autonomia da Instituição             |

## PARTE II

## A ESTATICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>3. Conceito</li> <li>4. Posição institucional</li> <li>5. Colocação entre os poderes estatais</li> <li>6. A orgânica do Ministério Público           <ul style="list-style-type: none"> <li>— Organização do Ministério Público no Brasil</li> <li>— Organização do Ministério Público em Portugal</li> </ul> </li> <li>7. Formação dos quadros do Ministério Público           <ul style="list-style-type: none"> <li>— No Brasil</li> <li>— Em Portugal</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>8. Críticas ao sistema português</li> <li>9. Princípios que regem a Instituição           <ul style="list-style-type: none"> <li>— Unidade</li> <li>— Hierarquia</li> <li>— Legalidade</li> <li>— Independência Funcional</li> </ul> </li> <li>10. Direitos e deveres dos membros do Ministério Público           <ul style="list-style-type: none"> <li>— Direitos, Garantias e Prerrogativas</li> <li>— Deveres e Sanções</li> </ul> </li> </ul> |
|---|---|

## PARTE III

## A DINAMICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>11. Atuação do Ministério Público no Cível           <ul style="list-style-type: none"> <li>— Modos de atuação</li> <li>— Atuação como parte</li> <li>— Atuação como fiscal da lei</li> <li>— Crítica à atuação do Ministério Público como advogado do Estado</li> </ul> </li> <li>12. O Ministério Público junto às Justiças especializadas</li> <li>13. O Ministério Público e os Tribunais de Contas</li> <li>14. O Ministério Público e a declaração da inconstitucionalidade das leis</li> <li>15. Função especial do Procurador-Geral da República em Portugal</li> <li>16. Atuação do Ministério Público na esfera penal           <ul style="list-style-type: none"> <li>— O Ministério Público e a investigação criminal</li> <li>— O Ministério Público na relação processual penal</li> <li>— Titularidade da ação penal</li> <li>— O Ministério Público e o exercício da ação penal no direito português</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>— O Ministério Público e os assistentes</li> <li>— O Ministério Público e a fiscalização do não-exercício da ação penal</li> <li>— O Ministério Público e a instrução contraditória</li> <li>— Derrogação do princípio acusatório no processo penal</li> <li>— Derrogação do paralelismo e independência entre as magistraturas judicial e do Ministério Público</li> <li>— O Ministério Público e o exercício da ação penal no direito brasileiro           <ul style="list-style-type: none"> <li>— Ação pública e ação privada</li> <li>— Fiscalização do não-exercício da ação penal</li> <li>— Ação penal subsidiária</li> <li>— Processo sumário das contravenções</li> <li>— O Ministério Público e o aditamento à queixa</li> <li>— O Ministério Público e os assistentes</li> <li>— Natureza essencialmente pública da ação penal</li> </ul> </li> </ul> |
|--|--|

## APRESENTAÇÃO

A comparação de instituições, notadamente quando se trata de ordenamentos nacionais com origem comum, é sempre fonte de enriquecimento cultural e subsídio aos estudos doutrinários. No caso luso-brasileiro, os ângulos divergentes, tanto quanto os pontos de contato, oferecem particular interesse de análise.

O direito brasileiro tem suas raízes no direito português, para aqui transposto com as Ordenações Manuelinas e Filipinas, mas, a partir da independência, outras influências se fizeram sentir.

Ao lado de similitudes, que em razão das bases comuns remanescem ao longo dos seus tempos, apresentam-se singularidades notáveis, decorrentes de sensíveis diferenças na organização político-administrativa e nas características geográficas, sociais e econômicas dos dois países.

De um lado, Portugal — Estado unitário, com tradições quase milenares, cujas peculiaridades têm subsistido através dos tempos, em função das dimensões geográfica e populacional da metrópole.

Do outro, o Brasil — organizado desde o advento da República como Estado federal, nada homogêneo do ponto de vista geográfico, étnico, econômico e cultural. Para o federalismo brasileiro muito concorreram imposições de ordem geográfica e, mais remotamente, o isolamento das antigas capitanias durante o período da dominação portuguesa.

O direito de qualquer país resulta inevitavelmente da conjunção de todos esses fatores, pois seriam anômalas instituições jurídicas dissociadas das realidades nacionais do passado e do presente.

O Ministério Público, peça fundamental do ordenamento jurídico dos dois países, há de, necessariamente, ajustar-se aos imperativos históricos, ainda que refletindo as transformações globais da sociedade em que está inserido.

No Brasil, notadamente a partir da República, foram acentuadas as influências exógenas sobre o sistema jurídico. A par da valiosa herança portuguesa, as instituições públicas brasileiras têm estado largo tempo sob o influxo de outras culturas européias e, ainda, da norte-americana.

A menção desses fatores na evolução das instituições públicas dos dois países é indispensável à compreensão das dessemelhanças e dos pontos de contato entre o Ministério Público em Portugal e no Brasil. O cotejo que se segue deve, pois, ser entendido à luz das diferenças que marcam esse processo evolutivo.

## PARTE I

## HISTÓRICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

## 1. EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PORTUGAL

## — Origens

Das origens do Ministério Público em Portugal, dá notícia Ferrão Martens, no seu relatório de Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda, datado de 31 de maio de 1871. Admite que, pela mesma razão política, a estabilidade dos parlamentos — e no mesmo século, o XIV — nasceram os Ministérios Públicos na França e em Portugal. Recusa-se, porém, a aceitar que a instituição no seu país tenha tido origens francesas.

Ao tempo de D. Affonso III, que reinou entre 1248 e 1279, já existia, entretanto, o cargo de Procurador da Justiça. Do regimento do cargo constava que o Procurador “devia ser letrado e bem entendido para saber espartar e allegar as causas e razões, que a nossos direitos pertencem, porque muitas vezes acontece que por seu bom avisamento os nossos desembargadores são bem informados, e ainda nossos direitos reais acrescentados”. Via aí Ferrão Martens verdadeiras atribuições de promoção e consulta, salientando ainda que aqueles magistrados exerciam jurisdição sobre autoridades inferiores nos assuntos que lhes incumbia promover nos tribunais. Dizia ainda o regimento ao Procurador da Justiça: “E veja e procure bem todos os feitos da Justiça, das viúvas e dos orphãos e miseráveis pessoas, que à nossa corte vierem”.

Cuidava das atribuições do Procurador do Rei, dos Advogados do Fisco e dos Promotores de Justiça o regimento da Casa de Suplicação de Santarém, transferida para Lisboa em 1385 pelo Rei D. João I. Eram chamados *Procurador Caesaris, Advocati fiscii e Promotor justitiae*.

O Alvará de 29 de março de 1514 estabelecia regras para os procuradores régios nos diferentes juízos. Outro Alvará, de 22 de janeiro de 1530, restabeleceu a obrigação de os procuradores dos feitos de El-Rei, assim os da Coroa como os da Fazenda, promoverem de ofício; e, mais tarde, em 1558, ordenava-se-lhes que se opusessem às censuras dos juizes apostólicos.

As Ordenações Manuelinas compendiarão “as obrigações dos promotores da justiça, tanto perante as casas de suplicação como nos juízos das terras. Para as ordenações e legislação subsequente essas disposições passaram todas e foram ampliadas, sendo desenvolvidamente reguladas as atribuições do procurador dos feitos da coroa (liv. 1º, tit. 12º) e da fazenda (tit. 13º), do promotor da justiça da casa da suplicação (tit. 15º), e similhantemente estabelecido para a relação do Porto”.

Decreto de 21 de agosto de 1637 proibia consultarem-se matérias de jurisdição sem ser ouvido o procurador da coroa, chamado, em resolução de 1792, “fiscal e nunca julgador”.

Depois dessa longa pesquisa nos textos legais que referiam atribuições semelhantes ou idênticas a algumas que são hoje da competência do Ministério Público, afirma Martens:

“A dedução a que tenho procedido rapidamente, como o exige a natureza deste relatório, autoriza-me a vindicar para Portugal a organização do Ministério Público, nascido nas próprias tradições do país, e conservando, ainda hoje na sua organização superior aquele mesmo caráter tradicional, distinto das organizações estranhas.” (1)

O Professor Dr. Almeida Costa, reportando-se às origens da instituição, diz:

“E não oferece dúvidas que suas raízes mediatas se situam no período do liberalismo, ligando-se naturalmente a nova forma que passou a revestir às alterações sensíveis introduzidas na organização dos tribunais.” (2)

#### — A reforma de 1822

Com efeito, por grande reforma passou a justiça com a Lei nº 261, promulgada no Palácio de Queluz, em 12 de novembro de 1822, por “Dom João por Graça de Deus e pela Constituição da Monarquia, Rei do Reino Unido de Portugal, Brasil, Algarves, daquém e dalém-mar”.

No que interessa a este estudo, é de ressaltar a instituição, junto a cada Relação (Lisboa, Porto, Mirandela, Vizeu e Beja), do Procurador da Soberania Nacional e da Coroa, do Procurador da Fazenda, do Promotor das Justiças e do Solicitador (art. 4º).

#### — A reforma Mouzinho da Silveira — 1832

Dez anos depois veio à luz o Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, projeto de José Xavier Mouzinho da Silveira, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça de D. Pedro, Duque de Bragança, e chamado “o grande reformador”.

Três grandes reformas foram então efetuadas por iniciativa daquele Ministro: a da Fazenda, a da Justiça e a da Administração. Moveu-o a necessidade de se estabelecerem linhas divisórias nos campos de atuação do Estado, de cometer certos encargos a certas pessoas, de centralizar a arrecadação num só cofre, de transformar a administração num só corpo, fiscalizado pela Justiça, para impedir o desmembramento dos seus

(1) Relatório do Procurador-Geral da Coroa e Fazenda, João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Martens, de 31 de maio de 1871 — Publicado na Rev. de Legisl. e de Jurisp., n.º 175, págs. 293 a 304, vol 4, 1871-1872.

(2) “O Ministério Público” — Discurso do Ministro da Justiça, Professor Dr. Almeida Costa, 31-1-69, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 182, págs. 5 a 16.

órgãos e corrigir vícios e abusos, como se vê do longo relatório com que encaminha a D. Pedro os projetos de reforma, o qual assim se inicia:

“Senhor! A mais bela, e útil descoberta do Século passado foi, sem dúvida, a diferença de administrar e julgar.” (3)

E adiante faz esta afirmação, tão verdadeira então como agora:

“As instituições são os esteios dos costumes, e das Leis; tanto os primeiros como as segundas se auxiliam reciprocamente, de forma que se não pode dizer que existe harmonia social senão quando as Leis e os costumes formam um só todo no seu estabelecimento e espírito, e quando os Cidadãos fazem de ambas as cousas unidas uma só e única idéia.” (Pág. 68.)

Tece críticas acesas ao sistema judicial então vigente, comentando que “Portugal era um Povo de Juizes, Jurisdições e Alçadas; e a Relação do Porto chegou a conter trezentos desembargadores.” (Pág. 61.)

Condena a multiplicidade de recursos, as demoras e incertezas dos foros contenciosos, as grandes despesas com a manutenção da justiça e propõe, por isso, a reforma total do sistema.

Cria o Supremo Tribunal de Justiça e o lugar de Procurador-Geral da Coroa junto a ele, estabelecendo que a pessoa nomeada para o emprego ficaria desde logo sendo em tudo considerada membro do Tribunal. Delega a lei especial dispor sobre suas atribuições. Estabelece que, junto a cada Tribunal de segunda instância, funcionará um Procurador Régio e, junto aos Juizes de 1ª instância, funcionará um Delegado do Procurador Régio e, ainda que, nos julgados, haverá um Subdelegado do Procurador Régio.

Inovação importante do decreto foi a extinção da denúncia e das devassas como meio de apurar judicialmente os crimes (art. 167º), o que bem demonstra o espírito liberal então imperante.

Estabelecia a persecução pela justiça dos crimes públicos, houvesse ou não parte queixosa.

O Capítulo V é exclusivamente dedicado ao Procurador Régio, seus Delegados e Subdelegados, definindo as atribuições de cada um, fixando-lhes vencimentos, responsabilidades e prerrogativas.

As atribuições do Procurador-Geral da Coroa foram definidas logo depois, com o Regimento do Supremo Tribunal de Justiça (Decreto de 19 de maio de 1832). Deveria exercer junto à Corte Suprema as mesmas atribuições dos Procuradores Régios junto aos Tribunais de 2ª instância, referidas no decreto de 16 de maio, tanto nos objetos do interesse da Coroa como nos da Fazenda Pública.

Ao lado daquelas atribuições, dispôs especialmente que o Procurador-Geral da Coroa era superior aos Procuradores Régios; que devia seguir os termos da acusação perante a Câmara dos Pares (art. 42º da

(3) O Relatório e os decretos a que se refere estão publicados na “Coleção de Leis” — 1829-1833.

Carta Constitucional); que era Comissário do Governo perante a mesma Câmara; e que poderia ser consultado não só pelo Governo, dando por escrito a sua opinião, mas também pelas Câmaras, em matéria legislativa, respondendo perante elas quando para isso fosse convidado. Nessas últimas disposições estava o embrião do atual Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

Estava, portanto, em 1832, bastante sedimentada a instituição e com estrutura em quase tudo igual à de hoje.

— *O primeiro estatuto do Ministério Público português*

Três anos depois, ganhava a instituição estatuto próprio, no qual aparece com o nome de Ministério Público: o Decreto de 15 de dezembro de 1835, cujo preâmbulo é o seguinte:

“Sendo necessário estabelecer dentro dos limites da actual Legislação um Regulamento, pelo qual os Empregados do Ministério Público, designados os modos da intervenção, ou as diferentes maneiras porque ele figura, e apresentando a maior unidade no exercício das suas funções as possam desempenhar como lhes cumpre em todos os objetos de sua competência, mantida assim a independência do Poder Judiciário, perante o qual exercitam seu Nobre Officio; e estabelecido o meio regular e seguro da ação do Governo para a boa execução das Leis e prompta Administração da Justiça, segundo o systema Constitucional; Hei por bem Aprovar e Mandar por em plena observância o regulamento junto, que faz parte deste Decreto, e baixa assinado pelo Ministro e Secretário d’Estado dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça.”

O decreto produziu algumas inovações dignas de registro. Atribuiu aos Delegados a formação do corpo de delicto, mandando que os Juizes Eleitos da Freguesia e os Comissários de Polícia, logo que tivessem conhecimento de algum crime no Distrito, dessem imediatamente parte dele ao Delegado, com as informações necessárias à apuração dos fatos e seus autores.

Incumbiu-os de exercer vigilância sobre a execução das ordens de prisão ou custódia pelos oficiais de diligência.

Atribuiu ao Ministério Público a qualidade de *parte principal* na acusação dos crimes públicos, devendo formar libelo em separado, sem nunca oferecer o da parte queixosa.

Demandados por ação contra a Fazenda Pública, os Delegados deviam comunicar o fato ao Procurador Régio, que o transmitia ao Procurador-Geral da Coroa, e esse, ao Governo.

Os Delegados, nos impedimentos temporários, poderiam fazer-se substituir por advogados de sua escolha.

Passaram ao controle do Ministério Público as execuções das sentenças condenatórias a penas de degredo, a trabalhos públicos e à pena capital.

Exercia ainda o Ministério Público funções corregedoras sobre os oficiais dos juízos e relações, sendo encarregado de promover a cobrança dos dizimos e custas a favor da Fazenda Pública.

Estabeleceu o decreto a subordinação hierárquica, no art. 52º: "Sobre os objetos do Ministério Público o Governo se corresponde com o Procurador-Geral da Coroa, este com os Procuradores Régios"... e assim por diante. O Procurador-Geral podia, no entanto, expedir ordens imediatas a qualquer empregado do Ministério Público.

Criou-se ainda, no mesmo ato, o Conselho dos Procuradores Régios, ao qual se conferiram algumas das atribuições do atual Conselho Superior do Ministério Público.

Depois de determinar, no art. 54º, a realização de reuniões mensais entre os Procuradores Régios das diversas Relações, com o propósito de conferir à atividade do Ministério Público a maior unidade possível e de prescrever a comunicação das deliberações havidas ao Procurador-Geral da Coroa, o mesmo decreto traça, afinal, em seu art. 60º a norma que deve sempre reger a conduta do Ministério Público, nestes termos:

"O agente do Ministério Público, ou figure como parte principal, ou intervenha como assistente e protector, terá sempre em vista que, fiscal da boa execução das leis, deve ser estranho às paixões, mantendo a mais estricta imparcialidade, e sustentando sempre os interesses da verdade e da Justiça."

#### — *Outras normas sobre o Ministério Público no século XIX*

Não se limitavam, porém, a esses diplomas as regras existentes no século passado sobre a organização e deveres do Ministério Público. E foram tantas e de tão diversas procedências, no curto período de 1832 a 1840, que o Procurador Régio na Relação de Lisboa, José Maximino de Castro Neto Leite e Vasconcelos decidiu organizar o "Pecúlio do Procurador Régio ou Resumpta e Promptuário Alfabético de todas as leis, decretos, regulamentos, instruções, portarias do Governo, do Thesouro e da Junta de Crédito Público, assim como das decisões, e officios do Conselheiro Procurador Geral da Coroa, deliberações dos Conselhos dos Procuradores Régios e officios e circulares dos Procuradores Régios, em que desde o ano de 1832 até o fim do ano de 1840 se têm expedido ordens de execução permanente para o serviço do Ministério Público". A obra foi editada pela Imprensa Nacional de Lisboa, em 1841.

Justificava o autor a elaboração do trabalho pela necessidade de organizar um quadro da competência e dos deveres dos diversos Magistrados do Ministério Público, contidos em vários diplomas legais e regulamentares editados a partir do Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832.

Alinha, por ordem alfabética, 1363 verbetes sobre a atuação do Ministério Público em questões cíveis, penais, fiscais e administrativas ou em que se disciplinam a carreira, os deveres, os direitos e prerrogativas daqueles magistrados.



Dos quase seiscentos atos relacionados por Leite e Vasconcelos, uns poucos merecem referência: o decreto de 29 de novembro de 1836, que reformou a Justiça e introduziu novas disposições sobre o Ministério Público; o de 10 de dezembro do mesmo ano, que aboliu o comércio da Escravatura no Ultramar e atribuiu ao Procurador Régio e aos Delegados acusarem como crime público qualquer contravenção ao direito que proibia o tráfico de escravos; o de 13 de janeiro de 1837, que mais uma vez reformou a Justiça e tratou da competência e deveres do Ministério Público, no cível e no crime; a Lei de 9 de abril de 1838, que dispôs sobre os impedimentos dos magistrados do Ministério Público para se elegerem deputados ou senadores; e a carta de lei de 28 de novembro de 1840, que deu competência ao Ministério Público para averiguar o procedimento dos magistrados que tivessem deixado os seus lugares, a fim de sobre eles se exercerem as medidas correedoras necessárias.

Trataram ainda do Ministério Público, com certo relevo, a Novíssima Reforma Judicial, o decreto de 16 de janeiro de 1843 e o Código de Processo Civil.

Em 12 de novembro de 1869, decreto do Governo unificou os cargos de Procurador-Geral da Coroa e de Procurador-Geral da Fazenda. Eis o seu artigo primeiro:

“As funções que até a data deste decreto têm sido exercidas pelo Procurador-Geral da Coroa e pelo Procurador-Geral da Fazenda são reunidas num só magistrado, que será o Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda e Chefe do Ministério Público na ordem judiciária e administrativa.”

Dispôs ainda o ato que o Procurador-Geral seria coadjuvado por seus ajudantes e, com eles, imediatamente dependente do Ministro da Justiça; que os cargos seriam providos em comissão e eram “amovíveis à vontade do Governo”; que os ajudantes do Procurador-Geral não podiam emitir parecer sobre questão difícil ou importante para a administração pública, ou valiosa para os interesses do Estado, sem a submeterem à deliberação da conferência da qual participavam o Procurador-Geral, seus ajudantes e Procuradores Régios (art. 6º).

#### — A grande reforma de 1901

Já nos primórdios do século atual, em 24 de outubro de 1901, o Ministério Público passava por nova e grande reforma.

O projeto de Reorganização dos Serviços do Ministério Público foi encaminhado ao Rei pelo Ministro Arthur Alberto de Campos Henriques, acompanhado de minucioso relatório no qual se mencionavam os objetivos principais da reforma.

Propunha-se dar ao Ministério Público organização que possibilitasse o melhor desempenho das múltiplas tarefas atribuídas aos seus agentes, como representantes da sociedade e do Estado junto aos Tribunais, como órgão de persecussão do crime, de proteção aos incapazes, de fiscal da lei e consultor do Governo. Para isso era indispensável conferir aos membros dessa magistratura certas garantias, de há muito

reclamadas pelo estadista e jurisconsulto Ferrão Martens, e, entre essas, a de não poder o Governo demitir ou suspender tais magistrados sem os ouvir previamente, e apenas nos casos estabelecidos em lei. Ao tempo, dizia o relatório, os cargos de ajudantes do Procurador-Geral da Coroa, de Procuradores Régios e seus ajudantes, poderiam ser ocupados por membros de qualquer classe;urgia, pois, seleccioná-los entre os melhores da magistratura do Ministério Público ou da magistratura judicial. Eram também necessárias medidas de garantia nas doenças; o magistrado do Ministério Público que se tornasse fisicamente incapaz, tinha de abandonar o lugar ou de licenciar-se sucessivamente, sem computar esse tempo como de serviço, e sem receber do Estado quaisquer vantagens. Era necessário, ainda, definir bem as funções de cada um, muitas vezes postas em dúvida pelas autoridades e pelas partes.

Encarecia, ainda, a necessidade de revisão dos vencimentos dos magistrados do Ministério Público, há muito tempo estagnados.

A revisão salarial então sugerida não foi aceita de imediato, mas todos os objetivos da reforma foram, afinal, atendidos.

Cada agente do Ministério Público teve, então, bem definidas suas funções judiciais (as de atuação junto aos tribunais) e administrativas. Regularam-se a aposentadoria e os afastamentos para tratamento de saúde.

As funções do Ministério Público passaram a ser exercidas pelo Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda, seus ajudantes e o ouvidor da Junta de Crédito Público; pelos Procuradores Régios e seus Ajudantes; Delegados do Procurador Régio, Curadores-Gerais de órfãos, Secretários dos Tribunais de Comércio e Subdelegados do Procurador Régio. Eram também considerados magistrados do Ministério Público o Secretário do Procurador-Geral e os Secretários dos Procuradores Régios.

O Decreto de 24 de outubro de 1901 ratificou a dependência ao Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça, estabelecendo ainda o paralelismo entre a magistratura do Ministério Público e a judicial.

Os critérios de nomeação foram substancialmente mudados. O Procurador-Geral passou a ser nomeado dentre os magistrados judiciais de qualquer categoria, magistrados superiores do Ministério Público, lentes catedráticos da faculdade de direito, ou jurisconsultos de reconhecido merecimento. Os Procuradores Régios de entre os seus Ajudantes, Juizes de Direito de 1ª instância, Delegados do Procurador Régio de 1ª classe, Curadores-Gerais de Órfãos e Secretários dos Tribunais de Comércio, com mais de 7 anos de serviço no Ministério Público. Os Curadores-Gerais de Órfãos em Lisboa e Porto e os Secretários dos Tribunais do Comércio nas mesmas cidades, nomeados de entre os Delegados do Procurador Régio de 1ª classe.

Foi, ainda, criado o Supremo Conselho da Magistratura do Ministério Público, composto do Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda, que o presidia, dos três ajudantes mais antigos desse, do Procurador Régio perante a Relação de Lisboa e do Secretário do Procurador-Geral da Coroa, sem voto, que o secretariava. Cabia ao Conselho "dar unidade

e harmonia aos serviços do Ministério Público e consultar quanto ao procedimento a seguir por todos os magistrados em casos duvidosos". Consultava ainda o Supremo Conselho "sobre a suspensão, demissão dos magistrados e sua aposentação, pertencendo-lhe também propor sindicâncias ou emitir seu parecer acerca delas, quando consultado pelo Governo".

Se a consulta se referisse ao Procurador-Geral da Coroa, o Supremo Conselho constituir-se-ia do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e dos dois juizes mais antigos daquele Tribunal, servindo de Secretário, com voto, o Secretário da Procuradoria-Geral da Coroa.

O Procurador-Geral não estava *ex vi lege*, diretamente subordinado ao Ministro da Justiça. Era o chefe do Ministério Público e, além das funções que exercia perante o Supremo Tribunal de Justiça, competia-lhe, em especial, acusar perante a Câmara dos Pares, quando constituída em Tribunal de Justiça, representar o Ministério Público perante o Supremo Tribunal de Justiça e exercer ação disciplinar sobre seus subordinados, propondo ao Governo a demissão ou suspensão deles.

#### — *Legislação republicana*

Com a República, em 1910, novas transformações ocorreram no Ministério Público, mais para adaptá-lo à organização político-administrativa do país do que com o fito de alterar, em profundidade, a sua estrutura e as atribuições dos seus órgãos. Não caberia no âmbito deste trabalho, que de muito já alongou os dados históricos do Ministério Público em Portugal, o exame da legislação dos últimos sessenta anos. Atualmente, regula o Ministério Público, juntamente com a magistratura judicial, a Lei nº 2.113, de 11 de abril de 1962, e o Estatuto Judiciário, baixado pelo Decreto-Lei nº 44.278, de 14 de abril de 1962 (em inúmeras alterações, entre as quais as do Decreto-Lei nº 281, de 24 de junho de 1971, as da Lei nº 2/72, de 1º de maio, e as do Decreto-Lei nº 185/72, de 31 de maio), ao qual se farão freqüentes referências no curso deste trabalho.

## 2. EVOLUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL

### — *Período do Império*

Foi de Portugal que recebemos, com as Ordenações do Reino, a instituição do Ministério Público.

Ao se criar a Relação da Bahia, em 1587, deu-se a um dos desembargadores o título de "Procurador da Coroa e Fazenda e promotor de justiça". A Relação teve vida curta, pois só entrou em funcionamento em 1609, para ser extinta em 1626.

Durante a dominação holandesa no norte do país — 1630 a 1654 —, funcionavam como ocupantes do Ministério Público na primeira instância os escoletes (pretos ou bailios), que exerciam, entre outras, as funções de Promotor de Justiça junto aos Conselhos dos Escabinos, e os Curadores. No Conselho de Justiça havia o *Advocaat Fiskaal*, que

exercia também as funções de Promotor Público Perante os Conselhos Políticos.

Restabelecida a Relação da Bahia, nela se manteve o Procurador da Coroa e da Fazenda e promotor da justiça com atuação predominantemente erarial; mas na qualidade de promotor da justiça cabia também ao Procurador a repressão dos crimes e punição dos culpados, titular que era da ação pública.

Pelo Regimento de 13 de outubro de 1751, foi criada a Relação do Rio de Janeiro, com jurisdição sobre as treze comarcas do Sul e com a mesma estrutura da Relação da Bahia: 10 desembargadores e o Procurador da Coroa e da Fazenda e promotor da justiça.

Tais são as informações fornecidas por Ary Florêncio Guimarães, em seu livro "O Ministério Público e o Mandado de Segurança" (Curitiba, 1959, págs. 65 e segs.).

Sabe-se, entretanto, que até fins do século passado era uma organização incipiente e por isso desordenada; seus membros não gozavam de garantias e suas funções não estavam devidamente definidas, muito embora o Aviso de 16 de janeiro de 1838 houvesse estabelecido que os promotores eram fiscais da lei, e os curadores verdadeiros advogados, e conquanto a lei que reformou o Código Criminal do Império, datada de 3 de dezembro de 1841, lhes houvesse dado a incumbência de "produzir a acusação dos delinquentes e fazê-los condenar".

E tão incipiente era a instituição no período do Império que o Ministério Público no Brasil é tido por muitos, entre os quais César Salgado e Carlos Maximiliano, como obra marcadamente republicana.

César Salgado, citado por Márcio Antonio Inacarato (*in Revista de Informação Legislativa*, nº 29, pág. 40) assim se manifesta sobre o tema:

"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 ele entender conveniente ao serviço público."

#### — A República e a autonomia da instituição

E Carlos Maximiliano, também referido por Márcio Antonio Inacarato, depois de afirmar, nos seus "Comentários à Constituição de 1946", que "O Ministério Público adquiriu, com a evolução social, con-

siderável 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", preleciona ainda que "foi com 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 o Decreto nº 1.030, de 14 de dezembro de 1890".

Com efeito, na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, doutrinava 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 ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada."

Já não se tratava, evidentemente, de meros agentes do Poder Executivo, de "procureurs du Roi", mas de autênticos representantes da sociedade, de órgãos com o encargo de vingador público contra todos os infratores da Lei.

Por outro lado, o Decreto nº 1.030, que organizou a justiça do Distrito Federal, instituiu, junto a cada juízo ou Tribunal, um representante do Ministério Público; tratou das espécies e dos requisitos de nomeação dos seus membros; definiu-lhes as funções e lhes concedeu direitos, vantagens e certas garantias.

Era, então, o Ministério Público exercido pelo Procurador-Geral do Distrito junto à Corte de Apelação, pelo Subprocurador junto ao Tribunal civil e criminal, pelos Curadores de Órfãos, ausentes e resíduos junto à Câmara Civil, pelo Curador das massas falidas junto a Câmara Comercial, pelos Promotores Públicos junto ao júri e à Câmara Criminal e pelos Adjuntos dos Promotores perante as pretorias.

Ainda segundo César Salgado, "foi Campos Sales quem revelou ao Brasil o Ministério Público. Essa glória lhe é indisputável".

Apesar disso, a primeira Constituição brasileira a tratar institucionalmente do Ministério Público foi a de 1934. Se a do Império era compreensivelmente omissa, a republicana de 1891, embora elaborada sob o impacto de idéias libertárias e particularmente sob a influência do pensamento de Campos Sales, limitou-se apenas a tratar do cargo de Procurador-Geral da República, no artigo 58, § 2º

Contemplado na vigente Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), o Ministério Público do Brasil tem a regulá-lo e a estabelecer as bases de sua estrutura e organização os artigos 94 a 96.

## PARTE II

## A ESTATICA DO MINISTERIO PUBLICO

## 3. CONCEITO

Dentro da precariedade inerente às definições poder-se-ia dizer que o Ministério Público é o órgão estatal com a atribuição específica de promover e fiscalizar a execução da lei, na defesa dos interesses da Sociedade.

Representa o Estado encarado como entidade realizadora do bem comum e da justiça — junto aos juízos e tribunais e, nessa qualidade, promove e defende os interesses de pessoas e bens especialmente tutelados pelo próprio Estado. É o dono da ação penal e o fiscal permanente da lei.

Mas se levarmos em conta que o Ministério Público também representa o Estado como parte em juízo — como ocorre com o Ministério Público da União (art. 30º, II, da Lei 1.341/51) e o Ministério Público em Portugal (art. 184º, I, “a”, do Estatuto Judiciário) —, a definição pecaria por omissa: nesses casos não se pode afirmar que a atuação do Ministério Público teria como fim último a defesa da sociedade, pois o ato do Estado nem sempre coincide com o interesse social.

Por isso mesmo, as leis em vigor não costumam definir o Ministério Público, tratando, antes, de especificar as atribuições dos agentes que o integram. Daí dizer Pontes de Miranda que “com o nome de *Ministério Público* se indica, nas leis, o ofício”, dando-se aos órgãos a que incumbe outros nomes que melhor os caracterizem, tais como Procurador-Geral da República, Curadores de Família, Promotor, etc. (Coment. à Constituição de 1967, Tomo IV, pág. 323 — Edição da Revista dos Tribunais, Ano 1967).

O Decreto nº 1.030, já citado, procurou definir o Ministério Público, dizendo que era, “perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”.

A definição não abrangia, porém, todas as funções que, já à época, eram cometidas ao Ministério Público nos juízos cíveis, na defesa dos órfãos, dos ausentes, dos incapazes e do vínculo matrimonial, nos conflitos de jurisdição e nas ações de perdas e danos contra juízes e empregados judiciais, entre outras.

Seria, pois, impraticável tentar definir Ministério Público; a variedade de atribuições a cargo dos seus agentes e os diversos modos de intervenções deles nos processos, ora como partes, ora como promotores e fiscais da lei, não se coadunam com a curteza de palavras que devem compor uma definição.

#### 4. POSIÇÃO INSTITUCIONAL

Tanto no direito brasileiro como no português o Ministério Público é matéria de trato constitucional. A diferença é que, enquanto a nossa Lei Maior lhe traça os princípios básicos (arts. 94 a 96), a exemplo do que faz com o Poder Judiciário, a Constituição portuguesa lhe dedica como instituição apenas um artigo, o 118, no Título que trata dos Tribunais:

“O Estado será representado junto dos Tribunais pelo Ministério Público.”

Tratam, porém, as Cartas Políticas de ambos os países do Ministério Público e suas atribuições em vários outros artigos. A portuguesa refere-se ao Procurador-Geral da República para garantir que os atos relativos à sua investidura no cargo ou afastamento dele revistam-se da forma de decreto (art. 109º, § 6º); para afirmar a obrigatoriedade de sua presença na sessão plenária em que o Supremo Tribunal de Justiça tratar do julgamento de Ministro de Estado (art. 114º, parágrafo único), e ainda para fazê-lo membro do Conselho de Estado (art. 83º, nº 5º).

Na Constituição brasileira encontram-se, entre outras, as seguintes referências ao Ministério Público: arts. 11, *c*, e 15, *d*, sobre representação do Procurador-Geral para observância de princípios constitucionais e legais; o art. 72, § 5º, que trata da atuação do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas; o art. 117, § 2º, sobre a audiência do Chefe do Ministério Público em caso de seqüestro de quantia necessária à satisfação de débitos da Fazenda Pública; o art. 144, IV, que torna obrigatório nos Tribunais de Segunda Instância o preenchimento de um quinto dos lugares por membros do Ministério Público.

Pontes de Miranda (op. e loc. cit.) afirma: “A inserção do Ministério Público na tratção institucional da Constituição explica-se pela natureza *obrigatória* do *ofício*”. Marcelo Caetano, ao comentar o referido art. 118, acentua: “o que se pretende significar é que, junto dos órgãos passivos e independentes que formam a Justiça, têm de estar presentes órgãos ativos dos interesses da Administração. O Estado, nessa frase, é tomado no sentido de somatório dos interesses que o Governo persegue”. (*A Constituição de 1933, Estudo de Direito Político*, pág. 153, Coimbra Editora, 1957, 2ª ed.)

A verdade é que a inclusão do Ministério Público no texto constitucional demonstra o prestígio e a força que se lhe quis atribuir.

#### 5. COLOCAÇÃO ENTRE OS PODERES ESTATAIS

Muito se tem discutido no Brasil sobre a caracterização do Ministério Público como órgão do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. (V. o Ministério Público na Constituição de 67 — Pareceres — 1969, publicação do Ministério Público do Distrito Federal).

Motivaram os debates, sobretudo, a colocação da matéria nos títulos constitucionais que tratavam de um ou de outro daqueles poderes e a concessão de certas prerrogativas, bem como a extensão aos membros do Ministério Público de determinados impedimentos dos juizes.

As Constituições republicanas assim contemplaram a matéria: a de 1891, ao tratar do Poder Judiciário, limitou-se a dispor que o Procurador-Geral da República seria designado pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º); a de 1934 encarou-o como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais; a de 1937 dele tratou de permeio com disposições sobre o Supremo Tribunal Federal (art. 99); a de 1946, depois de cuidar dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, reservou título próprio ao Ministério Público (arts. 125 e segs.); a de 1967 inseriu-o em título destinado ao Poder Judiciário; ao passo que a Emenda nº 1 à Constituição de 67, promulgada em 17 de outubro de 69, o transpôs para seção de capítulo consagrado ao Poder Executivo.

Alguns juristas pretendem ainda erigir o Ministério Público em um "quarto poder do Estado, para denunciar não só os particulares, senão, também, os membros do Executivo, do Legislativo e do Judiciário que violam as Leis". A doutrina foi lançada pela primeira vez por Alfredo Valadão, na primeira década do século (V. Haroldo Valadão *in Aos Jovens Juristas*, pág. 23, Ed. Livraria Freitas Bastos, 1967), e ainda hoje encontra seguidores.

Sobre essa tese assim se manifesta Frederico Marques:

"Ilustres membros do Ministério Público Paulista propugnam pela caracterização da instituição como um *quarto poder*. Embora de generosa inspiração, essa idéia não tem sentido. As funções do Ministério Público nada possuem de peculiar que não permitam enquadrá-las na atividade administrativa do Estado, atividade essa que se centraliza no Poder Executivo." (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pág. 243, Edição Forense, 1955.)

A caracterização do Ministério Público como órgão do Poder Judiciário é de todo descabida. O que singulariza o Judiciário é a sua prerrogativa de, interpretando a lei, proferir decisões com força de *res judicata*. Ora, os agentes do Ministério Público apenas promovem a execução da lei e fiscalizam essa execução; litigam perante os tribunais como partes principais ou acessórias, e só isso bastaria, dentro do pensamento lógico, para evidenciar a distinção absoluta entre o Judiciário e o Ministério Público.

Por outro lado, a autonomia e o princípio da legalidade que norteiam a atuação do Ministério Público (quando não age como advogado do Estado) dão-lhe feição distinta da dos órgãos do Poder Executivo. Os chefes dos Executivos não podem dar ordens ao Ministério Público, nem podem obrigá-lo a atuar, mediante promoção.

Dentro de nossa organização política, no entanto, qualquer entidade criada pelo Estado pertencerá a um dos Poderes da República,



ou, pelo menos, estará mais intimamente ligada a um deles, com maior ou menor soma de poderes, ou com maior ou menor autonomia. É o caso dos Tribunais de Contas que, não estando subordinados a nenhum deles e fiscalizando-os a todos, são, todavia, considerados órgãos auxiliares do Legislativo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. O Ministério Público, que basicamente exerce funções típicas mas foi colocado, na Constituição vigente, em capítulo dedicado ao Poder Executivo, seria, em razão das características já referidas, mais bem classificado como órgão do Estado, *tout court*, do que como órgão de qualquer dos poderes da República.

Em Portugal, não poderia a matéria ser encarada sob o mesmo ângulo. A própria organização política do Estado Português — República unitária e corporativa, baseada, entre outros, no princípio da interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis (art. 5º da Constituição) — afastaria discussões semelhantes. “A soberania reside em a Nação e tem por órgãos o Chefe do Estado, a Assembléa Nacional, o Governo e os Tribunais” (art. 71).

Considera-se lá o Ministério Público uma magistratura paralela à magistratura judicial e dela independente.

A Constituição o situa como representante do Estado junto a um dos órgãos da soberania nacional, os tribunais.

“Outras funções representativas, de fiscal (da lei, dos prazos, dos funcionários e dos magistrados), de promotor de Justiça, de paladino da Verdade e da Justiça, de órgão agente e interveniente em matéria processual integram a poliédrica *função do Ministério Público*, melhor definida e desenvolvida nas leis de organização judiciária e processuais”, como bem acentua o ilustre Conselheiro Antonio Furtado dos Santos no seu “Esquema de intervenção do Procurador-Geral da República de Portugal”, apresentado ao IV Congresso Interamericano do Ministério Público.

## 6. A ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### — *Organização do Ministério Público do Brasil*

Não é fácil estabelecer um cotejo pormenorizado entre os órgãos do Ministério Público no Brasil e em Portugal.

Em virtude de nossa estrutura política, em que os Estados-Membros da Federação gozam de autonomia administrativa, política e financeira, temos a dualidade da Justiça — a Federal e a Estadual —, e, em consequência, a dualidade do Ministério Público. A par do Ministério Público Federal, existem os estaduais, organizados de acordo com as constituições e as leis votadas pelas respectivas Assembléias Legislativas, respeitados apenas estes princípios básicos traçados pela Constituição:

1 — ingresso dos membros do Ministério Público nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos;

2 — estabilidade deles após dois anos de exercício, sendo vedada a demissão, salvo por sentença judicial ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; e

3 — inamovibilidade, a menos que solicitada a remoção pelo Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço (arts. 95, parágrafo único, e 96).

O Distrito Federal e os Territórios têm um mesmo Ministério Público, organizado por lei federal por ser da competência da União legislar sobre organização administrativa e judiciária daquelas unidades políticas.

Os diversos Ministérios Públicos apresentam, assim, pequenas variações quanto à nomenclatura dos seus órgãos. A título de exemplo, pois não caberia nos limites deste trabalho a análise da instituição em todos os Estados brasileiros, focalizar-se-á apenas o Ministério Público Federal, o do Distrito Federal e Territórios e o do Estado de São Paulo, onde a instituição alcançou maior grau de aperfeiçoamento e autonomia.

São órgãos do Ministério Público da União:

- a) junto à Justiça Comum: o Procurador-Geral da República, os Subprocuradores-Gerais da República e os Procuradores da República no Distrito Federal e nos Estados (estes classificados em 1ª, 2ª e 3ª categorias);
- b) junto à Justiça Militar: o Procurador-Geral, os Procuradores (de 1ª, 2ª e 3ª categorias) e os Advogados de Ofício (de 1ª e 2ª entrâncias);
- c) junto à Justiça do Trabalho: o Procurador-Geral, os Procuradores do Trabalho (de 1ª e 2ª categorias) e os Procuradores Adjuntos;
- d) junto ao Tribunal Eleitoral: Procurador-Geral da Justiça Eleitoral, Procuradores Regionais e Promotores Públicos. Não dispõe contudo a Justiça Eleitoral de quadros próprios; as funções do Procurador-Geral são desempenhadas pelo Procurador-Geral da República; as de Procuradores Regionais pelos Procuradores da República nos respectivos Estados; e as dos Promotores pelos órgãos de igual denominação que funcionam nas comarcas.

No Distrito Federal e Territórios, compõem o Ministério Público: o Procurador-Geral da Justiça, os Subprocuradores, os Curadores, os Promotores Públicos, os Promotores Substitutos e os Defensores Públicos.

Já em São Paulo, integram-no os seguintes órgãos: a) de administração superior: Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores da Justiça, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público; b) de execução: na segunda ins-

tância, Procurador-Geral da Justiça, Procuradores da Justiça e Promotores Públicos Substitutos de Segunda Instância, e, na Primeira Instância, Promotores Públicos, Curadores e Promotores Públicos Substitutos. São parte também do Ministério Público como órgãos auxiliares: Estagiários do Ministério Público, Adjuntos de Curador de Casamento, Secretaria-Geral do Ministério Público e Comissão de Concurso.

— *Organização do Ministério Público em Portugal*

Em Portugal, República Unitária e Corporativa, cujo território compreende, na “Europa, o Continente e os arquipélagos da Madeira e dos Açores” e, na África, Ásia e Oceania — as chamadas províncias ultramarinas, enumeradas no artigo primeiro da Constituição — há um Ministério Público unitário, junto dos tribunais do continente e arquipélagos da Madeira e dos Açores, e o Ministério Público Ultramarino. Ambos se organizam segundo normas básicas aprovadas pela Assembleia Nacional, que tem competência exclusiva para legislar sobre a matéria em todo o território português (art. 93 da Constituição).

Será objeto de estudo apenas o primeiro, de que tratam a Lei nº 2.113, de 11 de abril de 1962, e o Estatuto Judiciário aprovado pelo Decreto nº 44.278, de 14 dos mesmos mês e ano, com as modificações já referidas. O Estatuto regula, no Título destinado aos Tribunais, as magistraturas judicial e do Ministério Público e as secretarias judiciais. Entre nós, compete aos Tribunais estaduais de Justiça estabelecer a organização e divisão judiciária dos Estados; e ao Legislativo, como já assinalado, ou ao Executivo, investido excepcionalmente nesta função, dispor sobre o Ministério Público, por meio de decretos-leis ou, no exercício de poder regulamentar, mediante simples decretos.

Segundo o citado Estatuto Judiciário, são órgãos do Ministério Público:

- a) a Procuradoria-Geral da República;
- b) as Procuradorias da República junto das Relações;
- c) as Delegações da Procuradoria da República junto dos Tribunais de 1ª Instância;
- d) as Curadorias junto dos Tribunais Tutelares de Menores e dos Tribunais de Família;
- e) as Subdelegações junto dos Tribunais Municipais.

São titulares desses órgãos o Procurador-Geral da República, os Procuradores da República e seus Adjuntos, os Auditores, os Curadores, os delegados do Procurador da República e seus adjuntos.

Integram a Procuradoria-Geral da República o Procurador-Geral da República, chefe hierárquico do Ministério Público, e dezenove Procuradores da República. Destes, quatro desempenham suas funções nos serviços centrais da Procuradoria; dois coadjuvam ou substituem o Procurador-Geral na representação do Ministério Público junto do Su-

premo (efetivamente, um funciona permanentemente junto à seção criminal e outro junto às duas seções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça); oito funcionam como Auditores jurídicos junto aos vários Ministérios; quatro exercem funções junto às Relações (de Lisboa, Porto, Coimbra e Évora) e um é o Diretor da Polícia Judiciária. Os Auditores e Procuradores funcionam, ainda, sem prejuízo de suas atribuições específicas, em determinados órgãos da administração pública, como assessores ou consultores jurídicos.

As Procuradorias da República junto às Relações compõem-se, além dos quatro Procuradores da República já referidos no item anterior, de adjuntos do Procurador, assim distribuídos: quatro na de Lisboa, três na do Porto, dois na de Coimbra e um na de Évora.

As delegações da Procuradoria da República junto dos Tribunais de Primeira Instância são formadas pelos delegados do Procurador da República e pelos subdelegados, que os substituem e auxiliam. Excepcionalmente, porém, as funções que, no plenário de cada Tribunal criminal, competiriam ao delegado do Procurador da República são desempenhadas por um adjunto do Procurador, cabendo também a adjuntos a representação do Ministério Público nas sedes dos círculos judiciais, sempre que seja aconselhável (Lei 2/72, de 1º de maio).

Nas curadorias junto aos tribunais tutelares de menores, funcionam os curadores e os subcuradores, cuja nomeação em comissão de serviço se faz, respectivamente, dentre os delegados e os subdelegados do Procurador da República (Decreto-Lei nº 44.287, de 20.04.62).

As subdelegações junto aos tribunais municipais são compostas pelos subdelegados do Procurador da República e seus adjuntos, que os substituem nas faltas e impedimentos.

Como órgãos especiais do Ministério Público em Portugal funcionam o Conselho Consultivo e o Conselho Superior do Ministério Público.

Além das atividades típicas de Ministério Público, exercem os seus magistrados as de consultores jurídicos do Governo, por via do Conselho Consultivo, constituído pelo Procurador-Geral da República, que o preside, e pelos procuradores da República que atendem aos serviços gerais da Procuradoria. Quando o Conselho se reúne para a discussão de consultas formuladas pelos Ministérios, devem ser convocados os Auditores que servem junto à repartição interessada, podendo ainda os demais integrantes da Procuradoria-Geral participar dos trabalhos, por designação do Procurador-Geral.

Assume a mais alta importância essa função da Procuradoria-Geral, por serem objeto de consulta, entre outros: os problemas de maior responsabilidade ou dificuldade do Governo, com repercussão sobre o interesse nacional ou sobre a fixação de doutrina de interesse geral para os serviços públicos; os encargos e as minutas de contratos que o Estado deva celebrar; e a redação e o conteúdo jurídico dos diplomas legislativos de maior interesse.

Decide ainda o Conselho sobre questões suscitadas pelos próprios integrantes do Ministério Público, devendo ser sustentadas por todos eles as decisões que se venha a adotar.

Do mesmo modo, os seus pareceres, depois homologados pelo Ministro que os solicita, são publicados no Diário do Governo e passam a valer como interpretação oficial da matéria sobre que versam com força obrigatória para todos os serviços do ministério consulente.

Entre nós, funcionam como órgãos orientadores do Governo as Consultorias Jurídicas da República, dos Estados e dos Ministérios.

O Conselho Superior do Ministério Público português é formado pelo Procurador-Geral e pelos Procuradores que servem no Supremo Tribunal de Justiça e nas Relações, sendo sua atividade orientada para os assuntos pertinentes à própria instituição. Colabora com o Ministro da Justiça na orientação superior e no aperfeiçoamento dos órgãos do Ministério Público; decide as questões *interna corporis* que lhe são levadas a exame; exerce funções de corregedoria sobre os serviços do Ministério Público; classifica os seus membros, para efeito de promoção por merecimento, cumprindo-lhe ainda exercer sobre eles o poder disciplinar.

Integra o Conselho, excepcionalmente, e com direito a voto, o agente do Ministério Público que esteja exercendo o cargo de Diretor da Polícia Judiciária, sempre que a reunião do órgão se destine a tratar da classificação de serviço dos subdiretores e inspetores daquela corporação ou do exercício do poder disciplinar sobre eles.

As atribuições do Conselho Superior do Ministério Público português são em quase tudo idênticas às do Conselho Superior do Ministério Público e às da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo. Com efeito, sua Lei Orgânica, o Decreto-Lei complementar nº 12, de 9 de março de 1970, define o primeiro como órgão da administração superior do Ministério Público e a segunda como órgão fiscalizador das atividades judiciárias e da conduta dos membros do Ministério Público.

## 7. FORMAÇÃO DOS QUADROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### — *No Brasil*

Uma das diferenças básicas entre as duas instituições, e que não decorre necessariamente da organização política dos dois países, reside no modo por que se formam os quadros do Ministério Público e se lhe provêm os cargos.

Já se disse que, entre nós, um dos princípios básicos, assentados na Constituição e imperativo para os Estados, é o da organização do Ministério Público como carreira. Carreira em cujos cargos iniciais se ingressa mediante concurso de provas e de títulos, e em que a ascensão aos cargos superiores se efetua por promoção de dois tipos: mereci-

mento e antiguidade. Este princípio fundamental sofre uma só restrição: a nomeação para os cargos de Procurador-Geral, que obedece, em regra, ao critério da livre escolha do Presidente da República ou dos Governadores dos Estados, donde, a demissibilidade "ad nutum" dos seus titulares. Assim, quem ingressa no Ministério Público pode atingir todos os graus da carreira, chegando até a Procurador-Geral como em São Paulo, e nela permanecer até à aposentadoria, seja a voluntária aos 35 anos de serviço, seja a compulsória aos 70 anos de idade ou por invalidez.

A participação dos representantes do Ministério Público nos Tribunais Superiores da União e nos Tribunais de 2ª Instância dos Estados, também imposta pela Constituição, não tem como corolário nem o afastamento forçado do membro do Ministério Público da carreira que escolheu — pois ao nomeado é garantido o direito de recusa do cargo — nem a intercomunicação entre o Ministério Público e a magistratura judicial. Uma vez magistrado (título aqui reservado aos componentes do Poder Judiciário), o membro do Ministério Público não poderá mais regressar aos seus quadros, a menos que, deixando definitivamente a magistratura, volte ao início da carreira, ou seja nomeado Procurador-Geral.

Tomando como exemplo o Ministério Público do Estado da Guanabara, onde a carreira compreende os cargos de Defensor Público, Promotor Substituto, Promotor Público, Curador e Procurador da Justiça, ter-se-á o ingresso, mediante concurso, no cargo de Defensor Público; deste, por promoção, chegar-se-á ao de Promotor Substituto; os Promotores Substitutos, por sua vez, serão elevados a Promotor Público; estes, a Curadores; e os Curadores, a Promotor da Justiça.

Cumprе salientar que, embora, desde a Constituição de 1934 se tenha tornado obrigatório o concurso de provas e títulos para o ingresso de bacharéis em direito na carreira, nem sempre foi observado o mandamento constitucional: centenas de nomeações foram feitas, quer no âmbito federal, quer no estadual, em caráter interino, efetuando-se os nomeados com o *placet* de leis ordinárias. Só nos últimos anos o princípio passou a ser rigorosamente obedecido.

#### — *Em Portugal*

Em Portugal o Ministério Público constitui uma magistratura paralela à judicial e dela independente. Não é, porém, organizado em carreira, e o ingresso nos seus quadros varia, de cargo para cargo. Os Procuradores da República são nomeados pelo Ministro da Justiça, dentre doutores ou licenciados em Direito de reconhecida competência para o exercício do cargo, ou, em comissão, dentre professores das Faculdades de Direito ou magistrados judiciais.

Os adjuntos dos Procuradores da República são nomeados, em comissão, de entre os delegados aprovados em exame para juiz de direito ou juizes de 3ª classe; a nomeação é feita por três anos, prorrogáveis

por novos triênios, mas cessa a investidura tão logo o magistrado seja promovido a Juiz de Direito de 1ª classe. Pode ocorrer, entretanto, que o Adjunto, antes de promovido à 1ª classe, seja convidado para Procurador.

Os delegados do Procurador da República são nomeados dentre indivíduos que, não havendo ainda completado 35 anos, tenham logrado aprovação no concurso de habilitação para o exercício do cargo; a primeira nomeação faz-se para comarcas de 3ª classe, dando-se o acesso às 2ª e 1ª classes mediante promoção por antiguidade, com exclusão dos delegados que obtenham classificação inferior à de "Bom" (art. 233º do E.J.).

Só aqui se vislumbra a possibilidade de carreira, no âmbito exclusivo da 1ª Instância.

Os subdelegados são nomeados de preferência entre os licenciados em Direito, devendo a nomeação ser precedida de proposta do respectivo delegado.

Nos Tribunais Municipais representa o Ministério Público como subdelegado, independentemente de nomeação e posse, o notário da sede do respectivo conselho. Havendo mais de um notário, tem lugar a designação do Ministro da Justiça. Nos casos de anexação entre serviços de notariado e os de registro, é o Ministério Público representado por pessoa idônea nomeada pelo Ministro da Justiça, por proposta do Procurador da República. O adjunto do subdelegado é, de preferência, diplomado em Direito. Se o subdelegado não tiver adjunto ou se um e outro estiverem ausentes, são as respectivas funções desempenhadas por pessoa idônea nomeada pelo Procurador da República.

Por outro lado, quando os delegados do Procurador da República de 1ª classe atingem a metade superior da lista de antiguidade, e não têm nota de serviço inferior a "Bom", são, obrigatoriamente, chamados aos concursos para juiz de direito, em competição com os concorrentes voluntários ao cargo, isto é, diplomados em Direito com informação final universitária de *bom com distinção*, e um mínimo de 7 anos de bom e efetivo serviço nas funções de delegado do Procurador da República, de inspetor de Polícia Judiciária, de advogado ou de juiz municipal. Se os delegados, chamados aos concursos para juiz, não os fizerem ou forem reprovados duas vezes, perderão o cargo, passando a notários de 3ª ou 2ª classe ou a funcionários das secretarias judiciais ou de outras repartições dependentes do Ministério da Justiça, com dispensa de concurso (art. 387 E. J.)

Embora a lei permita a nomeação de doutores em direito e de professores de Faculdades de Direito, para o cargo de Procurador da República, e admita, ao concurso para juízes de direito, advogados com mais de sete anos de profissão e classificação universitária de *bom com distinção*, observações feitas e informações colhidas entre magistrados do Ministério Público indicam que o governo não tem usado, nos últi-

mos 20 anos, a faculdade de nomear, fora dos quadros da magistratura judicial, os Procuradores da República.

Por outro lado, só excepcionalmente advogados com sete anos de prática forense costumam inscrever-se no concurso para juiz de direito. A remuneração dos cargos da magistratura judicial dificilmente os atrai ao ingresso na carreira. Presume-se que quem tenha feito um curso com classificação de *bom com distinção* e labute no foro há mais de sete anos, haja alcançado situação financeira melhor, e, certamente, com menor carga de trabalho e sacrifício. Assim, na prática, são os magistrados judiciais recrutados, por concurso, apenas dentre os delegados de primeira classe ou entre licenciados em direito (bacharéis) que tenham exercido funções no Ministério Público e nos juízos municipais. Os magistrados do Ministério Público só pertencem, em caráter exclusivo, aos quadros desta magistratura até chegarem ao fim da 1ª classe de Delegado do Procurador da República. Quando ingressam na magistratura judicial, permanecem nos seus quadros, embora designados, em comissão, para os cargos de Procurador da República ou Adjunto de Procurador da República.

O tempo de serviço para efeito de promoção é contado na carreira judicial, e, quando o Adjunto do Procurador for promovido a juiz de 1ª classe, regressará obrigatoriamente à magistratura judicial, salvo se, à altura, já houver sido convidado e nomeado para o cargo de Procurador da República.

## 8. CRÍTICAS AO SISTEMA PORTUGUÊS

A magistratura do Ministério Público e a magistratura judicial são, portanto, intercomunicantes, e o paralelismo e a independência entre elas, definidos no art. 172º do E.J., só existem na medida em que um dos magistrados funciona ao lado do outro. Trata-se, assim, de paralelismo puramente funcional, e não estrutural.

O sistema tem sido alvo de críticas de dois tipos: a) a independência da judicatura poderia ficar prejudicada com a nomeação dos seus membros para desempenhar funções em comissão, por livre escolha do Governo; e b) não seria o mais conveniente à formação profissional dos membros das duas magistraturas. A questão foi ventilada, na exposição de motivos que justificou o Decreto-Lei nº 44.287, de 14 de abril de 1962, nos seguintes termos: "É certo que a possibilidade de o magistrado andar a transitar do Ministério Público para a judicatura e desta para aquele não é o regime que mais convém à sua formação profissional, sem embargo de algumas críticas que por vezes se fazem ao sistema, no que designadamente se refere ao aspecto da independência da judicatura, serem mais teóricas do que fundadas na realidade dos factos" (E.J. coment. pág. 24).

O Professor Marcelo Caetano, referindo-se àquele diploma, assevera: "O novo Estatuto Judiciário contém várias inovações úteis e dignas de aplauso, dando um passo considerável no caminho da autonomização da carreira do Ministério Público, de modo a evitar a inconveniente intercomunicação entre essa magistratura e a judicial. Ainda



continua a ser possível aparecer a julgar na 1ª classe um magistrado que até aí haja feito exclusivamente carreira pelo Ministério Público. Mas estamos certos de que não irá longe o dia em que tal anomalia (porque o é) acabará." (O Direito, ano 95º, fase I, 1963, pág. 3.)

E retoma a mesma crítica, já agora, porém, com referência à necessidade de preservar a independência dos juizes: "... infelizmente estão muito facilitadas as comissões de serviço de magistrados judiciais para funções administrativas (entre as quais as do Ministério Público), que, por prejudicarem a formação do juiz e poderem constituir instrumento de favor do governo, deveriam ser em absoluto proibidas" (Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra Editora, 1967, pág. 611).

A praxe de recrutar os Procuradores da República e os Adjuntos de Procurador de entre os magistrados judiciais iniciou-se pelo Decreto de 24 de outubro de 1901, que reformou o Ministério Público. Procurou-se, com aquela reforma, segundo o relatório do Ministro Arthur Alberto de Campos Henriques, melhorar o nível desses magistrados. Diz ele que, até à época, os cargos de Ajudantes de Procurador-Geral da Coroa, de Procuradores Régios e seus Ajudantes poderiam ser ocupados por membros de qualquer classe;urgia, pois, seleccioná-los dentre os melhores das duas magistraturas. O Procurador-Geral passou, então, a ser escolhido não só dentre os catedráticos juriconsultos e magistrados superiores do Ministério Público como dentre magistrados judiciais de qualquer categoria. Os Ajudantes do Procurador-Geral e o Ouvidor da Junta de Crédito Público, os Procuradores Régios e os seus ajudantes, dentre membros do Ministério Público ou dentre juizes de 1ª ou 2ª Instância.

Com efeito, Lei de 12 de novembro de 1822 estatuiu que o Procurador da Soberania Nacional deveria ser nomeado por El-Rei dentre bacharéis "formados e informados pela Universidade", qualificação que devia possuir também o Promotor das Justiças; mas o Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, já exigia que o Delegado do Procurador Régio fosse tirado da classe dos aspirantes à magistratura, permitindo-lhe "*vencer antiguidade*" para ser promovido a Juiz de Direito desde o dia em que começasse a exercer as funções. Aspirantes à magistratura eram os bacharéis formados em Direito que advogassem perante os tribunais, tivessem dois anos de prática e boas informações e requeressem ao Presidente do Tribunal que os fizesse inscrever como tais (art. 264º). Os Subdelegados do Procurador Régio, bacharéis em Direito, seriam também contados ao número dos aspirantes a Juizes de Direito (art. 259º). Velha de mais de um século, portanto, é a intercomunicação entre a magistratura judicial e a do Ministério Público.

## 9. PRINCÍPIOS QUE REGEM A INSTITUIÇÃO

### — *Unidade*

O Ministério Público é uno e indivisível, o que significa constituírem todos os seus agentes um só órgão, sob uma única direção, podendo

substituir-se uns aos outros no desempenho das funções próprias de cada cargo.

Decorre, assim, a unidade e indivisibilidade do Ministério Público não só de sua organização hierarquizada como dos princípios da substituição e da devolução consagrados no direito positivo dos dois países. Segundo a lei portuguesa, os Adjuntos de Procurador da República podem, se lhes parecer conveniente e com a anuência do Procurador, substituir os Delegados de Procurador, no exercício das respectivas atribuições; o Procurador-Geral da República pode nomear qualquer magistrado do Ministério Público para coadjuvar ou substituir o Delegado ou o Adjunto do Procurador da República nas ações em que o Estado seja autor ou réu, bem como, se entender conveniente, exercer pessoalmente quaisquer atribuições conferidas por lei aos seus subordinados.

Exemplos do princípio da devolução, entre nós, estão na Lei Orgânica do Ministério Público da Guanabara, que autoriza o Procurador-Geral a exercer qualquer das atribuições específicas dos órgãos do Ministério Público; na do Ministério Público de São Paulo, que inclui entre as atribuições do Procurador-Geral a de iniciar o procedimento criminal em qualquer juízo e prosseguir na ação pessoalmente ou por intermédio do membro do Ministério Público que designar; e, ainda, no Código de Processo Penal, onde se atribui ao Procurador-Geral a prerrogativa de oferecer denúncia quando não concordar com o pedido de arquivamento do inquérito policial feito pelo Promotor.

#### — Hierarquia

O Ministério Público é uma instituição hierarquizada, subordinando-se todos os membros de cada *parquet* ao Procurador-Geral respectivo, que sobre eles exerce poderes de direção e poderes disciplinares.

O Procurador-Geral é o chefe único de cada Ministério Público, cabendo-lhe dirigir a instituição de acordo com as leis e os decretos do Poder Executivo. Sua atuação independe de ordens expressas do Ministro da Justiça, que nem interfere na vida interna da organização nem a orienta.

Na esfera federal, porém, consideradas certas funções políticas do Supremo Tribunal Federal e de alguns Tribunais Federais Superiores e ainda a função do Ministério Público como advogado do Estado, casos há em que, eventualmente, o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais terão seu comportamento subordinado a diretrizes traçadas pelo Ministro da Justiça. O art. 23 e seu parágrafo único da Lei nº 1.341/51, por exemplo, só admite que os órgãos do Ministério Público da União transijam, confessem, desistam da ação ou façam composições quando autorizados pelo Procurador-Geral, que obterá, para tanto, a necessária permissão do órgão superior do Governo a que a causa interesse.

Em contrapartida, e como sinal de independência funcional do M.P., em relação ao Ministro da Justiça, quando este requerer ao Mi-

nistério Público que promova ação, nos crimes de calúnia e difamação do Presidente da República, poderá o Ministério Público deixar de fazê-lo desde que entenda não verificados os pressupostos da ação penal. É que, como bem acentua Frederico Marques, “apesar de órgão da Administração Pública, ele não é instrumento à mercê do Governo e do Poder Executivo” (*Instituições de Direito Processual Civil*, pág. 240).

No plano interno da organização, a subordinação hierárquica tem caráter puramente administrativo. Aos Chefes do Ministério Público — Procuradores-Gerais — cabem funções de direção e fiscalização, tais como a designação dos membros do Ministério Público para servirem junto a um ou outro tribunal, para funcionarem neste ou naquele processo, para substituírem-se uns aos outros, e, ainda, a ordenação de inspeções sobre os serviços a cargo do Ministério Público. A independência funcional continua intocada, pois o superior hierárquico não pode orientar o seu subordinado na condução de determinada causa, nem obrigá-lo a promover a ação penal.

Em Portugal, a hierarquia se manifesta sob dois aspectos: na imediata subordinação do Procurador-Geral da República ao Ministro da Justiça e na subordinação de todos os magistrados do Ministério Público ao Procurador-Geral, a quem a lei confere o poder de dirigir, coordenar e fiscalizar o exercício das funções do Ministério Público em todos os tribunais judiciais.

Não estando os Procuradores-Gerais entre nós, *ex vi lege*, subordinados ao Ministro da Justiça ou aos Secretários de Justiça nos Estados, oferece especial interesse o estudo do exercício do poder de comando do Ministro da Justiça sobre o Procurador-Geral da República e, em consequência, sobre todo o Ministério Público.

Marcelo Caetano diz: “O Ministério Público é um organismo hierarquizado cujos agentes têm de obedecer às ordens recebidas do Governo para fazerem valer os interesses do Estado como parte, perante os tribunais; como nalguns países se diz, é um corpo de advogados do Estado e dos interesses que este toma a seu cargo ou sob sua proteção”. (Constituição de 1933, *Estudo de Direito Político*, 2ª edição, pág. 154.) Cavaleiro de Ferreira explica que o fato de estar o Ministério Público sob a superintendência externa do Ministro da Justiça não implica a transformação de seus agentes em funcionários administrativos. A vinculação deles ao Poder Executivo é menor que a dos outros funcionários. Como órgão da justiça em processo penal “o Ministério Público não é condicionado, no exercício de suas funções, por considerações de utilidade, de segurança ou de razão de Estado, mas orientado pelo fim objetivo da realização do direito (*Curso de Processo Penal*, pág. 83). Assim, o Ministério Público obriga-se a cumprir normas de caráter geral traçadas pelo Ministro da Justiça, mas este não pode dar ordens em casos concretos, nem substituir-se na atuação do Ministério Público. A substituição só existirá quando o Ministério Público atuar como advogado do Estado.

O Dr. José Osório, jurista e magistrado, depois de dizer que ao Ministério Público está reservado, além da defesa do interesse público e

do bem comum, o papel de assegurar a harmonia e a unidade da ação estatal, levando aos tribunais o espírito que estrutura a orientação governativa da Nação, define assim a posição da subordinação ao Ministro da Justiça: "tão importante missão pressupõe naturalmente perfeita integração do Ministério Público no espírito do Estado, inspirador da Constituição e das Leis. E este é, se bem penso, o sentido profundo da sua posição de dependência com relação ao Ministro da Justiça, a quem compete indicar-lhe, quando necessário, a orientação do direito vigente" — posição que "de maneira nenhuma diminui a pureza da sua posição como órgão de justiça" ("Espírito e Missão do Ministério Público" — *in Boletim do Ministério da Justiça*, nº 68, págs. 6 e 7).

*De lege lata*, a superintendência do Ministro da Justiça sobre as funções do Ministério Público manifesta-se pelo poder de: a) estabelecer as diretrizes de ordem geral, a que deve obedecer a ação dos diferentes órgãos do Ministério Público no exercício de suas funções; b) nomear, promover, colocar, transferir e exonerar os magistrados do Ministério Público e exercer sobre eles ação disciplinar; c) ditar-lhes normas de procedimento sobre suas atribuições relativas à prevenção e repressão criminal; d) autorizar o Ministério Público a confessar, transigir, ou desistir, nas causas em que o Estado seja parte; e) esclarecer as dúvidas e adotar as providências propostas, com o seu parecer, pelo Procurador-Geral da República (E. J. art. 171). Pode ainda o Ministro da Justiça ordenar a reunião do Conselho Superior do Ministério Público (art. 215). Tal superintendência, aliás, não poderá ser tida como esdrúxula quando se trata de um Ministério Público unitário e com funções que desbordam das que lhes são mais características tais como as de órgão consultivo do governo, atribuídas à Procuradoria-Geral da República.

A hierarquia interna do Ministério Público assim se esquematiza: o Procurador-Geral é superior hierárquico de todos os demais agentes do Ministério Público; a ele estão diretamente subordinados os Procuradores da República. Aos Procuradores da República junto dos Tribunais das Relações — que têm, em cada distrito judicial, atribuições semelhantes às do Procurador-Geral — estão subordinados os Adjuntos do Procurador da República, os quais, à sua vez, são superiores hierárquicos dos Delegados do Procurador da República nas comarcas.

São conseqüências dessa hierarquia e subordinação, entre outras: a impossibilidade de o Delegado recusar a primeira nomeação para o cargo de Adjunto do Procurador da República (E. J., 226º); a obrigatoriedade, para o mesmo agente, de consultar o Procurador da República acerca da instauração e contestação de ações e execuções em que seja autor ou réu o Estado e daquelas em que tenha de funcionar como parte principal ou acessória (art. 230º c/c o art. 185º); e a obrigatoriedade de os Delegados de 1ª classe submeterem-se ao concurso para Juiz de Direito (art. 380º).

#### — *Princípio da legalidade*

No conceito lapidar de Cavaleiro de Ferreira, "o direito é, para o Ministério Público, não o limite da sua atividade, como acontece na

atividade administrativa, mas o próprio fim de sua atividade" (op. e loc. cit.).

O Ministério Público atua sempre movido pela obrigatoriedade do ofício, pela necessidade de promover, onde e quando for necessário fazer valer a lei, na defesa da sociedade e das pessoas e bens especialmente tutelados pelo Estado. Não pode ser movido pelo critério da oportunidade de agir, nem subordinar o seu comportamento a interesses de particulares ou do Governo. (Exceções ao princípio são o exercício da ação penal nos crimes privados e, de certo modo, nos crimes de calúnia e injúria contra o Presidente da República.)

— *Princípio da independência funcional*

Embora seja a hierarquia um dos princípios que regem o Ministério Público, não se pode confundir subordinação hierárquica com subordinação funcional. O agente do Ministério Público não só é livre, na sua consciência profissional, para promover ou deixar de promover, como, de outro lado, não pode ter sua ação subordinada à orientação funcional de seus superiores hierárquicos ou de órgãos estranhos à instituição.

É ainda Frederico Marques quem situa magistralmente a questão: "A submissão do órgão do *parquet* à disciplina interna da instituição não significa, por outra parte, abdicação da liberdade de opinar. O funcionário da instituição orientará sua própria conduta nos processos onde tenha de intervir. A sua discordância com as diretrizes ditadas pelo Procurador-Geral podem levar este a designar outro funcionário para determinado caso, nunca, porém, a censurar o subordinado ou a substituí-lo em caráter definitivo, e a pretender impor-lhe uma norma de agir que contrarie seu modo de pensar". (*Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I, pág. 247, Ed. Forense, Rio, 1958.)

Exemplos típicos da independência funcional são o não oferecimento da denúncia e o pedido de absolvição do réu. Dispõe o art. 28 do Código de Processo Penal que quando o agente do Ministério Público entender inexistirem elementos para oferecer a denúncia e pedir, em consequência, o arquivamento do inquérito policial, o Procurador-Geral, se dele discordar, não o obrigará a promover; promoverá ele próprio, ou determinará que outro membro do Ministério Público o faça.

Essa independência, entretanto, foi sensivelmente atingida pela Lei de Segurança Nacional (Decreto nº 898, de 29 de setembro de 1969), que obriga o Ministério Público a recorrer do despacho do Auditor que rejeitar no todo ou em parte a denúncia, e da sentença absolutória. Tal obrigação de recorrer pode ser considerada desvirtuamento da condição de dono da ação penal pública, sempre atribuída ao Ministério Público.

No direito português, o princípio sofre maiores restrições, tanto em decorrência da faculdade que a lei confere ao Procurador-Geral de instruir os magistrados do Ministério Público sobre a sua atuação em *quaisquer processos* (e não apenas naqueles em que o Estado seja interessado como parte), quanto por algumas limitações impostas no processo penal aos membros do *parquet* e ainda pela possibilidade de o juiz

da causa — como adiante se demonstrará — determinar-lhes que ofereçam acusação, mesmo contra seu convencimento pessoal.

## 10. DIREITOS E DEVERES DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### — *Direitos — Garantias e Prerrogativas*

Além do privilégio de foro, assegurado ao Procurador-Geral da República, que nos crimes comuns é processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal e nos de responsabilidade pelo Senado Federal, a Constituição brasileira só concede aos membros do Ministério Público como garantias especiais a organização em carreira e a inamovibilidade. Com efeito, reza o parágrafo primeiro do art. 94 que só poderão ser removidos mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço. Em decorrência dessa garantia, nomeado para determinada comarca, o membro do Ministério Público dela somente pode ser afastado em decorrência de promoção aceita, permuta ou remoção requerida por ele e deferida pelo Governo.

Os demais direitos e garantias de que gozam são os que a Lei Maior assegura aos funcionários públicos em geral: estabilidade após dois anos de exercício, não podendo ser demitido senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo, no qual se lhes faculte ampla defesa; aposentadoria voluntária aos 35 anos de serviço (se mulheres, aos 30 anos) com os vencimentos integrais do cargo; aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade e por invalidez, qualquer que seja o tempo de serviço, com proventos proporcionais a esse tempo, se se tratar de invalidez simples, ou integrais, se a incapacitação para o serviço público decorrer de doença especificada em lei.

A lei orgânica da instituição em cada Estado assegura-lhes assento à direita do magistrado que preside aos trabalhos, uso de vestes talares, recolhimento a quartéis ou prisões especiais antes de condenação definitiva, bem como comunicação da prisão ao Procurador-Geral; férias anuais de 60 dias, remoção a pedido, direito de recusa à promoção; julgamento, nas infrações penais, pelo Tribunal de Justiça; ajuda de custo por deslocamento motivado por promoção ou remoção e diárias por exercício fora da sede. (Leis Orgânicas do Ministério Público do Estado da Guanabara, do Distrito Federal e do Estado de São Paulo.)

Em Portugal, a amovibilidade, em lugar de ser uma garantia, é um dos traços definidores da instituição. Diz a lei que o Ministério Público constitui "uma magistratura amovível, responsável e hierarquicamente organizada, na dependência do Ministro da Justiça e sob a chefia direta do Procurador-Geral da República".

Consiste a amovibilidade na "faculdade que tem o Ministro da Justiça de transferir livremente, dentro da mesma classe ou categoria, os que dessa magistratura fazem parte". A responsabilidade significa que os integrantes do Ministério Público respondem pelos atos praticados no exercício de suas funções, pelo cumprimento dos seus deveres e pela ob-

servância das instruções e ordens que recebam dos superiores hierárquicos (art. 170º do Estatuto Judiciário).

São considerados direitos, regalias, garantias e prerrogativas, pela lei portuguesa, entre outros: o foro e processo especiais nas causas criminais e nas ações de perdas e danos por causa do exercício das funções, garantia extensiva aos que se encontrem na inatividade, em licença ilimitada e aos aposentados não compulsivamente; prisão apenas pelos crimes: contra a segurança do Estado, falsificação de moeda, notas de banco e títulos de dívida pública, homicídio voluntário, e outros crimes públicos do art. 8º, § 3º, da Constituição; uso de beca e direito às mesmas honras e tratamento dispensados aos juizes junto dos quais servem; assento à direita do juiz; direito de não ser interrompido por este, nas suas alegações; direito de não serem censurados pelos juizes nem receberem ordens deles; direito a abonos de viagem em caso de deslocação e gratificações em caso de acumulação de funções; isenção de impostos sobre os vencimentos; isenção de aboletamento e de todo o serviço pessoal do conselho; uso de armas de qualquer natureza, independentemente de licença; livre acesso e trânsito em todas as gares, cais de embarque e aeroportos, mediante a simples exibição do cartão de identidade; direito a residência fornecida pelas câmaras municipais (exceto em Lisboa, Porto e Coimbra) mediante pagamento de renda que não exceda um oitavo do vencimento; direito a 60 dias de férias, além das férias judiciais que vão de 23 de dezembro a 02 de janeiro e das férias de Páscoa, que vão do domingo de Ramos a 2ª-feira de Páscoa, além das férias de carnaval.

Quanto ao regime de faltas, licenças e aposentadoria, é o mesmo dos demais funcionários públicos. Prevê o Estatuto Judiciário, porém, o pedido de aposentação, pelos que tenham mais de 40 anos de serviço e 60 de idade, e a cessação das atividades aos 70 anos.

#### — *Deveres e Sanções*

Os deveres impostos aos membros do Ministério Público não diferem muito nos dois países dos deveres dos funcionários em geral, a não ser quanto à observância dos prazos para despacharem os processos em que atuam e à obrigação de devolvê-los com a promoção que tiverem de fazer antes de entrarem em gozo de férias regulamentares (essa última obrigação apenas no Brasil). São também obrigados a conduta irrepreensível e ao sigilo profissional nos casos que o exigirem. Pela transgressão desses deveres sofrem penalidades que vão da advertência e multa até a colocação em disponibilidade. . . Em Portugal, há como penalidades distintas do direito brasileiro a passagem à inatividade por período de um a dois anos e a aposentação compulsória, esta só aplicável aos que tenham mais de 15 anos de serviço efetivo.

No Brasil, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que constitui legislação de exceção, mantém no entanto as garantias constitucionais da inamovibilidade e da estabilidade e admite como punição a disponibilidade e a aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

## PARTE III

## A DINAMICA DO MINISTERIO PUBLICO

## 11. ATUAÇÃO DO MINISTERIO PÚBLICO NO CÍVEL

— *Modos de atuação*

Órgão dos interesses indisponíveis, na expressão adotada por Frederico Marques, desempenha o Ministério Público, na jurisdição civil, funções da mais alta importância, sob variadas formas.

Ora representa o Estado, como parte em juízo, ora defende interesses de capazes ou incapazes, como curador à lide, ora presta assistência jurídica a litigantes e defende direitos especialmente tutelados pelo Estado.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, sua intervenção no processo civil se faz ou na qualidade de parte ou na de fiscal da lei.

Américo de Campos Costa, ao estudar o regime da intervenção do Ministério Público nas ações de modo geral, afirma:

“Ora, os *poderes-deveres* dessa magistratura são de três categorias:

1ª — representação;

2ª — assistência;

3ª — fiscalização.”

Continua o autor:

“O Ministério Público age como parte principal quando exerce poderes-deveres de representação, isto é, quando representa o autor ou o réu.”

A função de assistência se verifica quando a lei atribui ao Ministério Público “o dever de prestar assistência às pessoas a quem o Estado deva proteção”.

Na última função, compete-lhe “fiscalizar a observância da lei e o cumprimento dos deveres dos funcionários judiciais, intervir nas questões sobre contagem de custas e selos, promover a condenação em multa por má-fé processual, intervir nas ações sobre o estado e capacidade das pessoas e nos processos que envolvam um interesse público” (“A intervenção do Ministério Público nas ações sobre o estado das pessoas”, *in Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano VIII, nº 1, págs. 29 e 30).

— *Atuação como parte*

Como parte, pode o Ministério Público comparecer em juízo como representante do Estado e de outros entes públicos, propor ações em nome próprio como órgão do Estado incumbido de promover a execução da lei ou, ainda, assumir a defesa de certos direitos mercedores de es-



pecial tutela judiciária e que não podem ficar à mercê da vontade de seus titulares.

Neste último caso, investe-se o Ministério Público na qualidade de substituto processual, legitimado extraordinariamente para agir em juízo, em nome próprio, mas para defender direito de outrem, o verdadeiro titular da relação de direito subjetivo material.

São exemplos de substituição processual: a atuação do Ministério Público como curador à lide para defesa dos incapazes, revéis e interditos; a atuação na homologação de sentença estrangeira e na ação de indenização para ressarcimento de dano proveniente de crime.

Dá-se igualmente a substituição, no direito português, quando defende o incapaz ou ausente e na expurgação de hipoteca legal, constituída a favor de menor, ausente ou interdito, entre outros casos.

Ainda como parte compete ao Ministério Público, exemplificativamente, propor ação de nulidade do casamento, de dissolução das sociedades civis e comerciais, de anulação da venda e arrendamento de bens de ausentes, de busca e apreensão de menores.

A lei portuguesa especifica os casos em que o Ministério Público funciona como parte principal e como parte acessória. Atua com a primeira qualificação quando representa o Estado, os incertos, os incapazes ou ausentes em parte incerta. Tem a mesma atuação nos inventários obrigatórios ou quando declara no processo que deve assumir a representação judiciária dos incapazes ou equiparados, e nos demais casos em que a lei lhe atribui tal competência.

É parte acessória quando, não se verificando quaisquer dos casos apontados, estão interessados na causa as províncias ultramarinas, os concelhos, os distritos, as freguesias, os institutos públicos, as pessoas coletivas de utilidade pública, os incapazes e os ausentes (Estatuto Judiciário, art. 185º)

#### — *Atuação como fiscal da lei*

É nessa qualidade que se faz mais intensa a atuação do Ministério Público, voltada sempre para o exato cumprimento das normas legais e a defesa do interesse público em jogo no processo.

Guilherme Estelita sintetiza, de modo admirável, esse aspecto da matéria: "Para ter-se uma idéia da amplitude da ação do Ministério Público basta notar que por seus múltiplos órgãos intervém ele em todos os processos em que incapazes são interessados; 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; nos de falências e concordatas; nos referentes aos registros públicos; nos recursos de revistas; ações rescisórias; conflitos de jurisdição e arguições de inconstitucionalidade. Isso, para aludir tão-somente aos de maior importância e de ocorrência mais freqüente". ("O Ministério Público e o processo civil", Revista Forense, vol. 168, pág. 17.)

É como fiscal da lei que intervém para requerer as medidas que entender necessárias ao bom andamento do feito, para dizer de direito, ou para suprir as omissões das partes, velar pela integridade e celeridade do processo, além do cumprimento dos prazos.

Assim é que, na lei portuguesa, por exemplo, requer a nomeação de curador provisório e do representante geral do incapaz, quando este tenha de ser autor (art. 1º, nº 3, do C.P.C.); pode solicitar a decisão dos conflitos de jurisdição ou de competência (*idem*, art. 117º) promove processo por crime de desobediência contra o advogado que, em tempo, não haja devolvido os autos (*idem*, art. 170º, nº 2); é ouvido, na ação de divisão de coisa comum, quando há acordo na adjudicação, e são interessados menores ou equiparados (*idem*, art. 1.059º, nº 2).

— *Crítica à atuação do Ministério Público como advogado do Estado*

No Brasil têm-se tecido críticas à atuação do Ministério Público como advogado do Estado por envolver certa incompatibilidade com sua função específica de defensor da lei e dos interesses maiores da sociedade.

Seria desejável que essa atribuição fosse sempre conferida a um corpo de bacharéis desvinculados da Instituição, ficando esta apenas com as funções típicas de promover a execução da lei e fiscalizá-la, agindo sempre como órgão do Estado *pro populo*, e não *pro domo sua*.

Seabra Fagundes, em conferência pronunciada em São Paulo em 1961, acentuou que a atribuição de advogado da Fazenda Pública aos membros do Ministério Público, resultante sobretudo de razões de ordem prática — a onerosidade da manutenção de advogados da Fazenda ao lado de titulares de promotorias e curadorias —, é “incompatível, em qualidade, com o teor de neutralidade própria da função de defensor da lei. Essas funções procuratórias não são do Ministério Público; não são institucionais”.

Há, por outro lado, os que afirmam, como o Professor Sérgio Ferraz, transcrito por Márcio Antonio Inacarato, que “o procuratório judicial da Fazenda é atribuição essencial do Ministério Público. As demais constituem acessórios que, no tempo, vieram a ser acrescidos, e, como acessórios, nem mesmo foram expressos na Carta Federal”. (M.A. Inacarato — O Ministério Público na Ordem Jurídico-Constitucional, *in Revista de Informação Legislativa*, nº 29, págs. 35 e segs.)

Por força da lei, entretanto, é atribuída ao Ministério Público a qualidade de advogado da União ou da Fazenda Pública, nas causas cíveis em que for autora, ré, assistente ou oponente, ou for por qualquer forma interessada, ao lado da obrigação de velar pela execução da Constituição, das leis, dos tratados, regulamentos e atos do Poder Público em todo o território nacional.

Do mesmo modo, a lei portuguesa estatui que o Ministério Público intervém nos processos, como parte principal, quando representa o Estado.

A tendência moderna em nosso direito é, porém, retirar do Ministério Público essas atribuições, que, em alguns Estados, só lhe competem nas comarcas do interior.

## 12. O MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AS JUSTIÇAS ESPECIALIZADAS

Além da atuação junto à justiça comum — juízos e tribunais cíveis e penais — tem o Ministério Público brasileiro ampla atuação na Justiça Militar, na Justiça Eleitoral, na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal.

Intervém nos processos, ora como fiscal da lei, ora como parte principal, propondo ações, requerendo diligências, representando a União, prestando assistência judiciária às partes, velando pela correção dos atos processuais, recorrendo de decisões, representando sobre a fiel observância das leis, suscitando conflitos de jurisdição.

O Ministério Público de Portugal, objeto deste estudo, não atua nem junto dos Tribunais do Trabalho nem junto dos Tribunais Militares, órgãos que não integram a estrutura judicial do continente e arquipélagos dos Açores e Madeira, regulada na Lei nº 2.113, de 11 de abril de 1962, e no Estatuto Judiciário, com as modificações posteriores.

Os Tribunais do Trabalho e os Tribunais Militares são considerados Tribunais Especiais. As questões eleitorais são decididas por tribunais administrativos, cabendo apenas ao Supremo Tribunal de Justiça julgar da elegibilidade dos candidatos à Presidência da República (art. 31º, I, do Decreto-Lei nº 43.548, de 21-3-61, e art. 18º, e, do Estatuto Judiciário).

Funciona, porém, o Ministério Público nos processos relativos aos crimes contra a segurança interior ou exterior do Estado, e aos crimes de responsabilidade ministerial e cujo julgamento compete aos Tribunais criminais de Lisboa e Porto, funcionando em plenário. Esses Tribunais integram a organização judicial portuguesa, com competência especial para julgar esses crimes. Apreciam ainda as infrações antieconômicas e ilícitos penais a que corresponda processo de querela, quando, por sua importância ou conveniência da justiça, e por proposta do Procurador-Geral da República, a seção competente do Supremo Tribunal de Justiça mandar que o julgamento se faça por aqueles tribunais.

São, ainda, competentes esses tribunais para julgar os crimes contra a segurança do Estado, cometidos em qualquer das províncias do ultramar, quando, pela mesma forma, o decidir a Corte Suprema (Base XIV da Lei nº 2.113).

Por outro lado, o adjunto do Procurador da República que serve junto ao plenário dos tribunais criminais é anualmente designado pelo Procurador-Geral, que pode também indicar, para cada caso, outro adjunto ou o próprio delegado do juízo criminal, no qual o processo tenha sido preparado para julgamento.

Antes da reforma introduzida pela Lei nº 5/71, de 5 de novembro — Lei de Imprensa —, era da competência exclusiva dos tribunais criminais de Lisboa e Porto, funcionando em plenário, o julgamento dos crimes de imprensa. A competência, por essa lei, passou aos tribunais criminais comuns, onde o Ministério Público tem, obviamente, ampla atuação.

### 13. O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais de Contas em Portugal são considerados tribunais administrativos e por isso, tal como os do trabalho e os militares, não integram a organização judicial.

Apesar disso, o art. 4º do Decreto nº 22.257 estabelece que as funções do Ministério Público junto do Tribunal de Contas “serão exercidas pelo Procurador-Geral da República, por si ou por algum dos seus ajudantes”.

Efetivamente, exerce-as um dos Procuradores da República, que acumula essas funções com as de Auditor junto a um dos Ministérios.

Sua intervenção nos processos que vão a julgamento do Tribunal só ocorre quando há irregularidade neles.

Compete ainda a um delegado do Procurador da República compor a comissão distrital de contas das ilhas adjacentes.

No Brasil os Tribunais de Contas são considerados órgãos auxiliares do Poder Legislativo, alheios, pois, aos órgãos do Judiciário. Ao contrário do que lá ocorre, entretanto, o ofício do Ministério Público junto a esses tribunais é desempenhado por um corpo de bacharéis em Direito distinto do que compõe os Ministérios Públicos aqui cotejados e estudados.

A exemplo do que se verifica em relação à União e aos Estados, cada Tribunal de Contas tem seu próprio Ministério Público. Sua organização e competência são estabelecidas nas leis orgânicas de cada Tribunal, com pequenas variações de um para outro.

Assim é que, no Tribunal de Contas da União, o Ministério Público se compõe de um Procurador e 3 adjuntos do Procurador, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros, bacharéis em Direito, devendo o primeiro satisfazer os requisitos exigidos para o provimento do cargo de Ministro do mesmo Tribunal, isto é, idade superior a 35 anos, idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública.

No Distrito Federal, compõe-se de um Procurador-Geral e dois Procuradores Adjuntos. As nomeações são feitas pelo Governador do Distrito Federal, devendo, entretanto, os Procuradores Adjuntos ser antes aprovados em concurso público de provas. Do Procurador-Geral exigem-se as mesmas qualificações referidas no parágrafo anterior.

Compete ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, de modo geral: a) promover a defesa dos interesses da Administração e da Fazenda Pública; b) comparecer às sessões do Tribunal e intervir nos processos de tomadas de contas e de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões e em outros referidos no Regimento Interno; c) dizer de direito, verbalmente ou por escrito, por deliberação do Tribunal, à requisição de qualquer Ministro, e seu próprio requerimento, ou por distribuição do Presidente, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal (art. 18 do Dec.-Lei nº 199/67 e art. 19 da Lei nº 5.538/68).

São ainda atribuições do Ministério Público: opinar nos embargos opostos às decisões do Tribunal; requerer a revisão dos processos de tomadas de contas, em razão de recurso; requerer a prisão administrativa dos responsáveis por bens e dinheiros públicos nos casos previstos em lei; requerer a fixação, à revelia, do débito dos responsáveis e requerer o levantamento dos seqüestros oriundos de decisão proferida pelo próprio Tribunal (art. 18, IV, comb. com o art. 38 da Lei nº 5.538/68 e art. 20, IV, comb. com o art. 40 do Decreto-Lei nº 199/67).

O ofício do Ministério Público junto às Cortes de Contas no Brasil tem, pois, amplitude maior que em Portugal. Seu parecer conclusivo é obrigatório nos processos de tomada de contas, aposentadorias, reformas e pensões. Pode manifestar-se, a seu requerimento, em qualquer processo, e como fiscal da lei, sem subordinação a qualquer autoridade, defende sempre os interesses da Administração, nunca os atos do administrador.

#### 14. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

No sistema político brasileiro compete ao Poder Judiciário, por via da ação direta da declaração de inconstitucionalidade, o controle da compatibilidade das leis ordinárias e atos normativos com a Lei Maior.

Compete ao Procurador-Geral da República intentar essa ação, representando ao Supremo Tribunal Federal contra a lei ou ato normativo federal ou estadual que considere infringente da Constituição (Const., art. 119, 1).

Pode agir *motu proprio* ou por provocação do interessado — particular ou ente público. A inconstitucionalidade pode ser formal ou substancial, conforme decorra de uma das seguintes situações alinhadas por Lucio Bittencourt: desrespeito à forma prescrita; inobservância de condição estabelecida; falta de competência do órgão legiferante; violação de direitos e garantias individuais. (O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, Forense, 2ª edição, 1968, pág. 71.)

Recebida pelo Supremo Tribunal Federal a representação e declarada a inconstitucionalidade, competirá ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, conforme a decisão judicial, a execução da lei ou ato impugnado (Const., art. 42, VII).

Da mais alta importância, senão a mais relevante atribuição conferida ao Procurador-Geral da República, é a de provocar o pronunciamento do Judiciário na ação de inconstitucionalidade.

Como bem acentua Alfredo Buzaid, ele é o verdadeiro autor da ação, operando como substituto processual, em nome próprio mas para a defesa de um interesse alheio. A representação do interessado, por outro lado, não pode obrigá-lo a levar a matéria ao Supremo. "O Procurador-Geral da República só deve argüir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é de mero veículo de representações. Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento". (*In Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro* — Edição Saraiva, SP, 1958, págs. 107 e segs.)

Em recente e rumoroso caso, que envolvia censura prévia de publicações, o partido político da oposição viu rejeitada pelo Procurador-Geral da República sua representação de inconstitucionalidade, e o Supremo Tribunal Federal confirmou o poder daquela autoridade para ordenar o arquivamento da promoção do interessado.

No direito português não cabe aos tribunais, e, sim, à Assembléa Nacional, por sua iniciativa ou por iniciativa do Governo, apreciar a inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República. Não tem, ali, o Ministério Público nenhuma participação no processo.

A Constituição, entretanto, estabelece que nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infringam as suas disposições ou princípios nela consignados. (Art. 123 e parágrafo único.)

Nos juízos e tribunais brasileiros pode também ser negada aplicação a determinado preceito legal ou regulamentar por contrário às regras constitucionais, mas as decisões então proferidas valem apenas entre as partes. A suspensão da lei só se dá mediante a ação de inconstitucionalidade proposta pelo chefe do Ministério Público.

## 15. FUNÇÃO ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA EM PORTUGAL

Uma das funções de maior realce do Procurador-Geral da República de Portugal, por outro lado, é a de membro nato do Conselho de Estado, que ele integra ao lado dos Presidentes do Conselho de Ministros, da Assembléa Nacional, da Câmara Corporativa do Supremo Tribunal de Justiça e de dez homens públicos de superior competência, nomeados vitaliciamente pelo chefe do Estado (Const., art. 83).

Com efeito, a importância dessa função ressalta das atribuições do Conselho. É chamado a pronunciar-se em todas as emergências graves para a vida da Nação, a assistir o Chefe de Estado quando este tenha de dar à Assembléa Nacional poderes constituintes e submeter a plebiscito nacional as alterações da Constituição referentes à função legislativa ou seus órgãos, ou tiver de convocar extraordinariamente a Assembléa Nacional, ou dissolvê-la.

Cabe ainda ao Conselho verificar a situação de impossibilidade de reunião do colégio eleitoral e a cessação dela, para efeito de eleição do Presidente da República.

## 16. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ESFERA PENAL

### — *O Ministério Público e a investigação criminal*

O Código de Processo Penal português, antes da alteração introduzida pelo Decreto nº 35.007/45, adotava processo marcadamente inquisitório, no referente à acumulação pelo juiz das funções de acusação e julgamento.

Competia ao juiz, quando tomasse conhecimento de ato delituoso, mandar proceder ao corpo de delito, recolher as provas e efetuar as diligências necessárias ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Com a reforma introduzida por aquele decreto-lei, dividiu-se a instrução em contraditória e preparatória. Esta, que “abrange todo o conjunto de provas que formam o corpo de delito e tem por fim reunir os elementos de indicição necessários a fundamentar a acusação”, passou a ser dirigida e comandada pelo Ministério Público, ao qual se atribuíram todas as funções que o Código dava ao juiz naquela fase da investigação criminal, salvo as de quase-jurisdição, tais como aplicação de penas restritivas de liberdade e admissão de assistentes.

Ganhou, assim, o Ministério Público maior autonomia, e, além do encargo que já era seu, de deduzir a acusação, passou a órgão de investigação criminal na esfera puramente administrativa. Ao juiz, por sua vez, ficou reservada a direção da instrução contraditória, depois de iniciada a ação em juízo, a exemplo do que ocorre em nosso direito.

Nem sempre, porém, cabe ao Ministério Público dirigir a instrução preparatória. A lei é clara: nos casos em que outras autoridades, além do próprio Ministério Público, exercerem a ação penal, a elas competirá a instrução preparatória dos respectivos processos (art. 17º). Estão neste caso: 1) as autoridades administrativas, quanto às transgressões de posturas, regulamentos e editais; 2) a polícia de segurança pública e a guarda nacional republicana, quanto às infrações que devam ser julgadas em processo sumário e quanto a todas as contravenções; 3) os organismos do Estado com competência para a fiscalização de certas atividades ou da execução de regulamentos especiais, com referência às contravenções

verificadas no exercício dessas atividades ou contra esses regulamentos. (4)

A competência dessas autoridades para a investigação criminal, entretanto, não exclui de todo a participação do Ministério Público em alguns casos: nos crimes a que corresponda processo de querela ou correccional, a instrução preparatória é sempre presidida pelo Ministério Público (art. 15º do Decreto-Lei nº 35.007); nos crimes a que corresponda processo da polícia correccional, delegada a instrução às autoridades policiais, o Ministério Público dirige-la-á, requisitando à autoridade instrutora ou efetuando diretamente as diligências complementares que julgar necessárias (art. 16º do Decreto-Lei nº 35.007); nos crimes contra a segurança interior e exterior do Estado, da competência da Direção-Geral de Segurança, terminada a instrução preparatória e remetidos os autos ao Ministério Público, pode este, antes do despacho de mérito, requerer diligências.

Por outro lado, a competência atribuída à Polícia Judiciária para proceder, nas Comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, à instrução preparatória que, nas demais, é da competência do Ministério Público, não afasta de todo a atuação dessa magistratura na investigação criminal.

Decreto-Lei de 1953 pôs a Polícia Judiciária na dependência da Procuradoria-Geral da República, cabendo ao Procurador-Geral orientar e fiscalizar as suas funções, e a um dos Adjuntos do Procurador-Geral dirige-la (redação dada ao art. 2º do Decreto-Lei nº 35.042/45, pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 39.351, de 7-9-53).

(4) Assim, de acordo com o Decreto-Lei n.º 49.401, de 24 de novembro de 1969, é da competência da Direção-Geral da Segurança (antiga Polícia Internacional de Defesa do Estado), em caráter de exclusivo, efetuar a investigação dos crimes contra a segurança interior e exterior do Estado e proceder à instrução preparatória dos respectivos processos; agir do mesmo modo quanto às infrações de emigração clandestina e de aliciamento ilícito de emigrantes e perseguir as infrações ao regime legal de passagem nas fronteiras e de entrada e permanência de estrangeiros em território nacional (art. 3.º, d e e). A Polícia de Segurança Pública compete a instrução dos processos de contrações relativas à importação, fabrico, guarda, compra, venda, cessão, transporte, detenção, uso e porte de armas proibidas, engenhos ou materiais explosivos puníveis com prisão correccional e praticadas sem qualquer intenção de atingir a segurança interior e exterior do Estado (Decreto-Lei n.º 36.085, de 31-12-46, e Circular n.º 2.337, do Comando-Geral de Polícia de Segurança); a instrução de processos sumários referentes aos crimes, contrações ou transgressões a que forem aplicáveis penas de prisão até seis meses, sempre que os infratores forem presos em flagrante delito; processos de transgressão referentes a todas as contrações, qualquer que seja a disposição em que estiverem previstos e às transgressões de regulamentos, editais, posturas, ou quaisquer disposições que, atendendo à entidade que as formular, devam qualificar-se de regulamentares, desde que não devam obedecer ao rito de processo sumário pela fato de corresponder a elas pena de prisão e de ter sido o infrator preso em flagrante delito; processos de polícia correccional — crimes a que correspondam as penas do art. 65 do C.P.P. — quando recebam delegação de competência da Polícia Judiciária ou dos Delegados do Procurador da República. As autoridades policiais da Intendência geral de abastecimento, guarda nacional republicana e guarda fiscal compete a instrução preparatória dos processos que tenham por objeto crimes de açambarcamento, especulação, crime contra a economia nacional e matança clandestina (Decreto-Lei n.º 35.809, de 16-08-46, art. 23, parágrafo único do art. 12 do Decreto-Lei n.º 39.188, de 19-03-47). As autoridades administrativas compete a instrução de processos relativos a transgressões de posturas, editais e regulamentos (art. 227, § 2.º, do Código Administrativo). A polícia judiciária compete proceder, nas Comarcas de Lisboa, Porto e Coimbra, à instrução preparatória que nas demais comarcas é da competência do Ministério Público (art. 14 do Decreto-Lei n.º 35.042, de 1945); privativamente, em todo território do continente, a instrução dos processos referentes a crimes de falsificação de moedas, notas de banco e títulos da dívida pública, de tráfico de estupefacientes, de mulheres e menores, e de publicações obscenas (art. 16) e por delegação do Procurador-Geral da República, nos casos do art. 15 e seus parágrafos, da mesma lei.



Os inspetores são, em regra, nomeados dentre os Delegados do Procurador da República e a Polícia Judiciária tem a obrigação de remeter trimestralmente ao Procurador da República relação dos autos de instrução preparatória referentes a crimes públicos e a que corresponda processo correccional ou de querela e que tenham sido mandados arquivar ou aguardar melhor prova, para que sobre eles o Ministério Público proceda à fiscalização do não-exercício da ação penal. O assistente, se houver, poderá reclamar ao Procurador da República contra despacho da autoridade da Polícia Judiciária no sentido de que se arquivem ou fiquem a aguardar melhor prova os autos de instrução preparatória (arts. 18 e 17 do Decreto-Lei nº 35.042).

Assim, o Ministério Público supervisiona, direta ou indiretamente, a instrução preparatória a cargo da Polícia Judiciária.

Destinando-se a instrução preparatória não só a verificar a existência do crime, de seus autores e o grau de suas responsabilidades e todos os demais elementos necessários a fundamentar a acusação, mas também a apurar as circunstâncias e elementos que possam demonstrar a inocência ou irresponsabilidade do argüido (arts. 10 e 12 do Decreto-Lei nº 35.007), é de suma importância a atuação do Ministério Público nesta fase do processo.

Com efeito, a participação de magistratura qualificada na investigação dos crimes é uma garantia para a ordem social: a coleta das provas materiais far-se-á presumivelmente com a celeridade indispensável à produção dos resultados desejados; os depoimentos das testemunhas e do indiciado serão imunes à alegação de terem sido obtidos mediante coação ou violência, ao contrário do que ocorre quando são as autoridades policiais que colhem aqueles depoimentos.

Entre nós, a investigação criminal nos crimes comuns, lamentavelmente, é efetuada pelas autoridades da polícia judiciária — órgão inteiramente desvinculado do Ministério Público — por meio do inquérito policial. Dela só participa o Ministério Público pela faculdade que possui de requisitar àquelas autoridades as diligências que entenda necessárias à perfeita elucidação dos fatos, ou ao oferecimento da denúncia (arts. 13 e 16 do C.P.P.), o que ocorre com certa frequência. De fato, prevê o Código que o inquérito policial deva terminar no prazo de 10 dias se o indiciado houver sido preso em flagrante, ou no prazo de 30 dias, se estiver solto, com fiança ou sem ela. Findo o inquérito, os autos são remetidos a juízo e, antes do despacho do juiz, deles tem vista o promotor público. Na realidade, porém, raramente são esses prazos observados: a autoridade policial fica, entretanto, obrigada a remeter os autos à justiça a cada 30 dias, com pedido de devolução, para completar-se a investigação. A vista que deles tem é que permite ao promotor acompanhar e orientar a apuração dos fatos, requerendo a produção de provas ou outra qualquer diligência que lhe pareça essencial. Pode ainda o Procurador-Geral designar um membro do Ministério Público para acompanhar determinado inquérito policial, como ocorre em São Paulo, quando isso lhe pareça de todo indispensável ao bom andamento da investigação.

Quando se confia a órgãos especiais a investigação de certos crimes, como acontece nos crimes contra a segurança do Estado, também delas só participa o Ministério Público do modo indireto já referido.

Seria desejável se instituísse no Brasil o modelo adotado em Portugal, o que, aliás, vem representando permanente reivindicação de nosso Ministério Público.

— *O Ministério Público na relação processual penal*

Tal como na jurisdição civil, atua o Ministério Público na jurisdição penal como parte e como fiscal da lei. Não é, entretanto, sem certa relutância que os autores o aceitam com a primeira qualidade. Se não negam de todo ao Ministério Público seu caráter de parte no processo penal, procuram atenuá-lo.

Afirma Carnelutti, na discussão que travou com Giulio Paoli sobre seu conceito de lide como conteúdo do processo:

“Hacer del Ministerio Público el titular no solo de la acción, sino de una pretensión del Estado contra el imputado, es algo que no solo postula una concepción del derecho penal complicada e ilógica (y de esto no tengo yo aquí modo de descurrir) sino, peor aún, está en contradicción con algunas justísimas observaciones del propio Paoli.”

Mais adiante admite, porém, que o Ministério Público é “sujeito da ação, não da lide, precisamente porque personifica o Estado acusador, não o Estado lesado”. (*Estudios de Derecho Procesal* — Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, vol. II, págs. 53 e 54.)

Ary Florêncio Guimarães assim examina a questão:

“Todavia, ainda que o Código em vigor se reporte ao vocábulo parte em vários de seus dispositivos, quando se ocupa, quer do órgão promovente da ação penal, quer da pessoa do imputado, estamos com aqueles que encarnam o Ministério Público, mesmo no âmbito do procedimento penal, na categoria exclusivamente de autêntico órgão do Estado, titular, portanto, da ação penal. No exercício de suas atribuições e através das quais é que fica legitimado para promover o processo, o representante da instituição não age nunca, por interesse pessoal, cabendo-lhe conduta enérgica, é certo, mas não desvinculado dos seus deveres da imparcialidade.” (Op. cit., págs. 153, 157 e segs.)

Cita em seguida como autores que atribuem ao Ministério Público a qualidade de parte Rafael de Pina, Raymundo Cândido, Canuto Mendes de Almeida e Guarnieri, embora esses o considerem parte em sentido muito especial, pela motivação do Ministério Público ao intentar a ação penal.

Haveria, finalmente, uma incompatibilidade entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e sua qualidade de parte. Parte imparcial é uma antinomia, uma impossibilidade jurídica.

A essa objeção responde Hélio Tornaghi:

“O Ministério Público é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva, porque, além do Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Esta última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado em forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar, se entender que o réu é culpado... Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte.” (*Instituições de Processo Penal, Forense, vol. III, pág. 136.*)

Termina, entretanto, com esta afirmação:

“É fato que a duplicidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte *sui generis*, uma parte pública, uma parte a que se cometem funções que não são de parte, mas sem lhe tirar este caráter.”

Frederico Marques, já tantas vezes citado, acentua que o que confere a condição de parte ao Ministério Público é a titularidade do direito de ação: “Quem representa no processo o interesse punitivo do Estado é o Ministério Público, “la partie poursuivante”, como se diz no Direito Francês. Titular do *jus actionis* e do *jus puniendi*, o Ministério Público é parte no sentido formal, como sujeito da relação jurídica processual que com a ação se instaura, e em sentido material, porquanto representa o Estado na relação jurídica substantiva entre este e o réu, contida no direito subjetivo”. (*Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, pág. 40, Edição Forense, 1961.*)

Parte especial ou parte *sui generis*, o Ministério Público é, desengadamente, parte na relação processual penal. Sua imparcialidade subjetiva, sua atuação consciente e desinteressada quanto à sentença final não lhe retiram este caráter. Se não lhe cabe prosseguir na obtenção da pena quando se convence da inocência do réu, é que o fim último de sua atividade é a realização do direito, a defesa dos interesses da sociedade. E estes, afinal, culminam na realização da Justiça.

Não só, porém, como titular da ação penal é parte o Ministério Público. Atua também como substituto processual.

Identificam-se no processo penal vários casos de substituição, entre outros: a obrigação de o Ministério Público, no caso de prejudicial civil necessária, promover a ação civil ou prosseguir na que tiver sido iniciada; o requerimento pelo Ministério Público do seqüestro de bens imóveis adquiridos com o produto da infração; a curadoria à lide, no caso de menor ou doente mental, para efetivação do interesse do Estado em que se lhe dê ampla defesa.

Quando não tem a qualidade de parte atua o Ministério Público como fiscal da lei. Seu interesse é então inteiramente voltado para a perfeita realização do processo em si mesmo. Supre lacunas, diligencia, controla prazos e recorre, até a decisão final do litígio.

— *Titularidade da ação penal*

Por ser o Estado o único titular do direito de punir, é também o titular da ação penal. Essa titularidade só excepcionalmente se transfere ao particular, por substituição processual, quando se lhe atribui, em caráter privativo, o direito de provocar a atividade jurisdicional sobre determinado fato delituoso. Como consequência natural dessa titularidade, a ação penal é pública, competindo ao Estado exercê-la por órgãos aos quais confere a atribuição.

No Direito português, como no brasileiro, o órgão do Estado incumbido de exercer sua pretensão punitiva é o Ministério Público.

Bluntschli, no fim do século passado, sustentava que “la poursuite d’office” pelo Ministério Público é princípio que se harmoniza com o avanço da legislação penal e se justifica porque, no processo penal, o interesse público ocupa primeiro plano; acentua que o processo penal não é uma luta privada entre duas partes iguais, mas a justiça que se levanta contra o culpado, e conclui: “aussi la poursuite doit-elle relever et les charges et ce qui atténue la faute ou la fait disparaître. Le ministère public doit être sans passion (impartial) et son rôle semble ne differer de celui du juge — qu’en ce que, chargé de luter pour la justice contre l’accusé, il est nécessairement *partie au procès*. Aussi cette mission est-elle mieux confié à un organe spécial qu’à l’un des juges, com elle était assez volontiers au moyen age” (*Le Droit Public Général*, 2ème édition, Librairie Guillaumin et Cie., Paris, 1885, pág. 221).

As restrições que o Decreto-Lei nº 35.007/45 impõe à atuação do Ministério Público, como órgão da ação penal, aliadas à posição dos assistentes, poderão, entretanto, conduzir à conclusão de que, em Portugal, nem sempre a ação penal é pública e de que em certas circunstâncias é retirado ao Ministério Público o poder de acusar, mesmo que se trate de crime público.

— *O Ministério Público e o exercício da ação penal no direito português*

Dispõe o artigo primeiro daquele decreto:

“A ação penal é pública; compete ao Ministério Público o seu exercício com as restrições constantes dos artigos seguintes.”

Estes são o 2º e o 3º. Pelo art. 2º, podem exercer a ação penal, além do Ministério Público:

“1º — as autoridades administrativas, quanto às transgressões de posturas, regulamentos e editais; 2º — a polícia de segu-

rança pública e a guarda nacional republicana, quanto às infrações que devam ser julgadas em processo sumário e a todas as contravenções; 3º — os organismos do Estado com competência para a fiscalização de certas atividades ou da execução de regulamentos especiais quanto às contravenções verificadas no exercício dessas atividades ou contra esses regulamentos.”

Estipula-se no parágrafo do art. 2º que a remessa ao tribunal, pelas entidades referidas no artigo, “dos autos de notícia levantados nos termos do art. 166º do Código de Processo Penal ou dos corpos de delito devidamente organizados quanto às infrações por que podem exercer a ação penal equivale, para todos os efeitos, a acusação em processo penal.” (5)

No art. 3º, condiciona-se a ação do Ministério Público:

1) à queixa, denúncia ou participação do ofendido ou de outras pessoas, quando exigível por lei; 2) à acusação particular, quando a lei exige querela, acusação ou requerimento do ofendido ou de outras pessoas; 3) à autorização do Ministro do Interior quando sejam argüidas autoridades ou agentes da autoridade que gozem de garantia administrativa.

Parágrafo do mesmo dispositivo estabelece que “o Ministério Público só pode acusar pelos fatos de que tenha havido acusação particular quando desta dependa o exercício da ação penal. Em tal caso, a intervenção do Ministério Público cessa com o perdão ou a desistência do assistente acusador particular”.

Fora dessas exceções, age o Ministério Público de ofício.

As três hipóteses do art. 2º configuram as ações movidas nas transgressões e contravenções, que têm rito próprio e são julgadas sumariamente quando os infratores são presos em flagrante delito. O Ministério Público não tem que deduzir a acusação, ou oferecer denúncia, pois a remessa ao Tribunal, pelas entidades referidas no artigo, dos autos de notícia equivale, para todos os efeitos, à acusação pública. Poderá, porém, o Ministério Público acusar oralmente na audiência de julgamento e será notificado da decisão final (art. 47º do Decreto-Lei nº 35.007).

(5) Art. 166.º do Código de Processo Penal: “Sempre que qualquer autoridade, agente de autoridade, ou funcionário público, no exercício das suas funções, presenciar qualquer infração, levantará ou mandará levantar auto de notícia, que mencionará os factos que constituírem a infração, o dia, hora e local e as circunstâncias em que foi cometida, o que puder averiguar acerca do nome, estado, profissão, naturalidade e residência do infrator e do ofendido, o nome, a qualidade e a residência da autoridade, agente da autoridade ou empregado público que a presenciou e os nomes, estado, profissão e residência ou outros sinais que possam identificar, de, pelo menos, duas testemunhas que possam depor sobre os factos. § 1.º — O auto de notícia a que se refere este artigo deverá ser assinado pela autoridade, agente de autoridade ou empregado público que o levantou ou mandou levantar, pelas testemunhas quando for possível e pelo infrator, se quiser assinar. § 2.º — Poderá levantar-se um único auto de notícia por diferentes infrações cometidas na mesma ocasião ou relacionadas umas com as outras, embora sejam diversos seus agentes.”

No direito brasileiro o similar desse tipo de processo é a ação das contravenções, regulada pelo Código de Processo Penal, com a diferença de que apenas o delegado de Polícia ou o juiz criminal são competentes para exercê-la.

Os condicionamentos do art. 3º são impostos ao Ministério Público para lhe conferir legitimação processual.

No primeiro caso, apesar da expressão genérica "outras pessoas" ligadas à queixa, denúncia ou participação, só o ofendido pode denunciar validamente pelos crimes semipúblicos ou quase-públicos. Sem a *notitia criminis*, levada por este, não pode o Ministério Público prosseguir no processo e oferecer a acusação ou denúncia. (6)

A acusação particular — segunda hipótese — é pressuposto da ação nos crimes privados, e só pode oferecê-la o ofendido. Exceção ao princípio é o oferecimento da acusação pelos pais, avós, marido, irmão, tutores ou curadores do ofendido, quando se trate de crimes de atentado ao pudor, estupro, violação e rapto e quando for a vítima menor de 12 anos, ou houver sido cometida alguma violência qualificada em lei como crime; ou, ainda, se for pessoa miserável ou a cargo de estabelecimento de beneficência. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o crime passa a ser público, e a ação do Ministério Público é incondicionada. (7)

Além disso, o Ministério Público, nos crimes privados, só pode acusar subsidiariamente pelos fatos de que tenha havido acusação particular, cessando sua intervenção no processo com a desistência ou o perdão do acusador particular.

O terceiro condicionamento ao exercício da ação penal é a autorização do Ministro do Interior, quando o argüido gozar de garantia administrativa.

Gozam de garantia administrativa, não podendo, sem prévia autorização do Ministro do Interior, ser demandados criminalmente por atos

(6) De acordo com o Código Penal, são considerados semipúblicos, exigindo denúncia do ofendido, entre outros: o crime de ofensas corporais que não puserem em perigo a vida do ofendido e não forem cometidas com armas proibidas, armas de fogo ou outros meios gravemente perigosos; crime de simples ameaça; crime de ofensas corporais involuntárias; crime de furto desde que o objeto furtado não exceda o valor de 100\$00 e não haja indícios de habitualidade por parte do argüido; crime de entrada em terreno alheio, para rebuscar ou respigar, não estando ainda recolhidos os frutos; crimes de furto e roubo praticados pelo criminoso contra seus ascendentes, irmãos, cunhados, sogros ou genros, padrastos, madrastas ou enteados, tutores ou mestres; crime de extorsão e coação e recebimento de coisas para suborno ou gratificação de funcionários; burla, abuso de confiança e simulação, desde que a lesão não exceda o valor de 100\$00 e se não verifique a habitualidade do agente; quase todos os crimes de dano.

(7) Dependem de acusação particular os seguintes crimes previstos no Código Penal: entrada para caçar em terras muradas ou valadas sem conhecimento do possuidor; excitação, de menor ou filho-família, ao jogo e hábitos viciosos; ofensas corporais sem ferimentos em maior de 16 anos de idade; ameaças de ofensa corporal cujo procedimento dependeria de participação; entrada em casa alheia sem violência nem ameaças nem emprego de escalamento, arrombamento ou chave falsa; difamação; crime de injúria, adultério, dano voluntário de valor inferior a 100\$00; danos voluntários não compreendidos nos arts. anteriores e isentos de circunstâncias agravantes; dano involuntário quando, se doloso, fosse exigível a dedução de acusação particular.

relativos a suas funções (ainda que hajam cessado) as seguintes autoridades referidas no Código Administrativo: a) os Governadores civis (art. 412º); b) os Presidentes, os Vice-Presidentes das Câmaras e os Comandantes Distrital e de Secção da Polícia de Segurança Pública (art. 82º); c) os Regedores, Cabos de Ordem e Cabos de Polícia (art. 282º).

Segundo o mesmo Código (art. 412º, § 1º), constituído o corpo de delito, enviar-se-á certidão das peças do processo ao Ministério do Interior, com o pedido de autorização.

A garantia administrativa, entretanto, não poderá ser concedida nos processos instaurados pelos seguintes crimes: a) recusa de entrega de preso na cadeia que o Supremo Tribunal indicar, para ficar detido à sua ordem; b) recusa da libertação de preso ordenada pelo Supremo Tribunal de Justiça, ou de sua apresentação ao juiz que o mesmo tribunal julgar competente; c) a nova detenção, pelo mesmo fato e em idênticas condições, de qualquer indivíduo mandado libertar pelo Supremo Tribunal de Justiça quando este declarar ilegal a prisão e ordenar a imediata libertação do recluso, se a autoridade que efetuar a nova prisão tiver conhecimento da decisão tomada; d) desobediência qualificada pela não-apresentação do detido no tribunal no prazo de 24 horas (arts. 323º, 319º, alínea *d*, e 314º, § 2º, do C.P.C. — todos do Cap. VII, referente ao *habeas corpus* — com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 185/72, de 31 de maio).

A atribuição às autoridades referidas no art. 2º do poder de deduzir a acusação em juízo e os condicionamentos impostos à atuação do Ministério Público levaram os autores à necessidade de explicitar os princípios fundamentais do Decreto-Lei nº 35.007, expostos no art. 1º

Com efeito, se não só ao Ministério Público compete o exercício da ação penal e se a sua atuação está dependente de certas condições, manter-se-ão, na sua integridade, aqueles princípios? Que sentido terá a norma *a ação penal é pública e o seu exercício compete ao Ministério Público*?

O Professor Cavaleiro de Ferreira assim situa a matéria:

“A expressão *a ação penal é pública*, em sentido estrito, significa que só uma autoridade pública pode introduzir o feito em juízo; em sentido amplo, a expressão abrange as funções e poderes de acusação em processo penal.” (Cavaleiro de Ferreira — *Curso de Processo Penal*, Lisboa, 1955, pág. 91.)

Diz Campos Costa que, quando se declara no artigo primeiro que a ação penal é pública, se exprime o duplo conceito de que o Estado é o titular da ação penal e de que é o seu único titular. As restrições impostas ao exercício da ação pelo Ministério Público não afetam seu caráter público; impõem, apenas, certas condições de procedibilidade (Américo Campos Costa — “O Caráter Público da Ação Penal”, in *Scientia Juridica*, 1956, Tomo V, nº 22, págs. 124 a 197).

— *O Ministério Público e os assistentes*

Apesar dessas manifestações doutrinárias, o caráter público da ação penal foi abalado pelo poder que o Supremo Tribunal de Justiça atribuiu aos assistentes no processo penal, ao interpretar as disposições do Decreto-Lei nº 35.007, que a eles se referem.

O citado diploma terá pecado, aliás, contra o caráter público da ação penal ao admitir como assistente do Ministério Público — além do ofendido ou seu representante legal, ou, em caso de morte ou ausência do ofendido, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (como ocorre no direito brasileiro) — àqueles de cuja acusação ou denúncia depender o exercício da ação penal pelo Ministério Público e, ainda, qualquer pessoa, nos crimes de peculato, peita, suborno, concussão e corrupção. (8)

Quanto à atuação dos assistentes, dispõe o Decreto-Lei citado, nos parágrafos do art. 4º:

“§ 1º — Os assistentes têm a posição de auxiliares do Ministério Público, a cuja atividade subordinam sua intervenção no processo, salvas as exceções da lei.

§ 2º — Compete, no entanto e em especial, aos assistentes:

1º — formular a acusação independentemente da do Ministério Público;

2º — intervir diretamente na instrução contraditória, oferecendo provas e requerendo ao juiz as diligências convenientes;

3º — recorrer do despacho de pronúncia definitiva e da sentença ou despacho que ponha termo ao processo, mesmo que o Ministério Público não o tenha feito.

§ 3º — Os assistentes formulam a sua acusação no mesmo prazo que o Ministério Público e, se for necessariamente provisória, independente de notificação. (9)

Nos processos correccionais e de polícia, não havendo réus presos, a acusação dos assistentes, quando não tenha sido precedida

(8) Decreto-Lei n.º 35.007 — Art. 4.º — Podem intervir no processo como assistentes: 1.º aqueles de cuja acusação ou denúncia depender o exercício da ação penal pelo Ministério Público; 2.º os ofendidos, considerando-se como tais os titulares dos interesses que a lei penal especialmente quis proteger com a incriminação; 3.º o marido nos processos por infrações em que seja ofendida a mulher, salvo oposição desta; 4.º o cônjuge não separado de pessoas e bens, ou o viúvo, ou qualquer ascendente, descendente ou irmão, no caso de morte ou de incapacidade do ofendido para reger a sua pessoa; 5.º qualquer pessoa nos processos relativos aos crimes de peculato, peita, suborno, concussão e corrupção.

(9) Segundo o mesmo Decreto-Lei, dá-se a acusação provisória em duas hipóteses: a) quando se referir a crimes mais graves, que devam ser julgados em processo de querrela — nesses casos é necessariamente provisória, pois naquele tipo de processo é obrigatória a instrução contraditória (art. 24.º e 34.º); b) quando, não havendo prova bastante dos elementos da infração ou de quem forem os seus agentes, o Ministério Público entender que com a abertura da instrução contraditória, nos outros tipos de processo, possam obter os elementos necessários à formulação de sua acusação (art. 26.º).



de instrução contraditória, poderá ser formulada até três dias após o prazo para a acusação do Ministério Público.

§ 4º — Quando os assistentes formulem acusação por fatos diversos dos que constituem objeto da acusação do Ministério Público não poderão recorrer da decisão do juiz se este receber a acusação do Ministério Público.

§ 5º — Os assistentes podem intervir em qualquer altura do processo, aceitando-o no estado em que se encontrar, desde que o requeiram até cinco dias antes da audiência de discussão e julgamento.”

A questão que, com esses dispositivos legais, se colocou para os tribunais e a doutrina pode assim resumir-se: se a ação penal é pública, cabendo o seu exercício ao Ministério Público e se os assistentes são seus auxiliares, poderão deduzir a acusação quando o Ministério Público se abster de deduzi-la por entender não configurados os elementos que lhe confeririam juridicidade?

Dois correntes se formaram: a dos que não admitiam a substituição do Ministério Público pelos assistentes e a dos que a endossaram.

O pensamento dos primeiros vem exposto com clareza nos seguintes tópicos do acórdão da Relação do Porto, nos autos de recurso nº 5.829: (10)

.....  
 “Nos termos dos n.ºs 1º e 3º do § 2º deste art. 4º, facultado é ao assistente formular acusação independentemente da do Ministério Público e recorrer do despacho de pronúncia definitiva e da sentença ou despacho que ponha termo ao processo, mesmo que o Ministério Público não o tenha feito. Estas disposições, porém, não excluem a acusação do Ministério Público.

“De interpretar é o nº 1º do aludido § 2º apenas no sentido de que o assistente pode dar a sua acusação sem estar vinculado à do Magistrado do Ministério Público. Segundo este preceito, o assistente pode acusar com base em fatos diferentes dos apontados pelo Ministério Público ao introduzir o feito em juízo, mas dele não deriva que o assistente tenha ao lado do Ministério Público, independentemente deste, um direito de ação penal, porquanto o mesmo preceito não concede ao assistente o exercício autónomo da ação penal. A ação do assistente é subsidiária (Prof. Cavaleiro Ferreira, no seu Curso de Processo Penal, onde bem expressamente mostra que a intenção do legislador do Decreto-Lei nº 35.007, na parte respectiva, foi de negar ao assistente o exercício autónomo da ação penal).”

(10) In *Jurisprudência das Relações*, 1957, II, págs. 295 e 296. No mesmo sentido, acórdãos da Relação do Porto, de 12-4-57, in *“Jurisprudência das Relações”*, ano 3.º, pág. 418; da Relação de Lisboa, de 17-7-57, in *“Jurisprudência das Relações”*, ano 3.º, pág. 672; da Relação de Coimbra, de 20-01-59, in *“Jurisprudência de Relações”*, ano 5.º, pág. 173.

O autor citado no acórdão assim se manifesta em outro trabalho:

“Ora, o nº 1º do citado parágrafo do art. 4º dispõe que aos assistentes compete, no entanto e em especial, formular a acusação independentemente da do Ministério Público. Deste preceito se quis inferir que, talqualmente o Ministério Público, os assistentes teriam direito autônomo de ação penal. A ação penal seria um direito de punir do próprio Estado, e seria também um dos direitos dos particulares, dos ofendidos, porventura destinado a fazer valer um direito de punir também particular, ou um direito de punir do Estado.” (“O Ministério Público e os Assistentes”, *in Scientia Juridica*, Tomo XV, nº 78, pág. 161.)

Também o Professor Eduardo Correia sustenta que, com o advento do Decreto-Lei nº 35.007, passou o Estado a ser o único titular da ação penal, e, em consequência, só o Estado tem legitimidade para exercê-la por intermédio dos órgãos a que especificamente atribui a função: o Ministério Público, ou, de modo suplementar, as autoridades mencionadas no art. 2º do Decreto-Lei citado. Os assistentes têm a posição de simples intervenientes (Prof. Eduardo Correia, *Processo Criminal*, 1956, pág. 216).

Com os que admitem que o assistente possa formular acusação mesmo que o Ministério Público não tenha encontrado razões suficientes para oferecê-la, está, hoje, por unanimidade de votos, o Supremo Tribunal de Justiça. O assunto tem sido discutido naquela Corte pelo menos desde 1953, o que prova que as instâncias inferiores ainda não se curvaram de todo ao ditame da Suprema Casa de Justiça: dos acórdãos pesquisados, o último que o focaliza é de janeiro de 1971, o qual traz a ementa e tópicos que se transcrevem para maior fidelidade à doutrina nele exposta:

“Assistentes — Acusação — I — O assistente em processo penal tem legitimidade para acusar por crime público, mesmo que o Ministério Público se tenha absterido de acusar. II — O preceito do art. 31º do Decreto-Lei nº 35.007, de 13 de outubro de 45, não é aplicável à acusação provisória do assistente desacompanhado do Ministério Público; esse preceito só se aplica à acusação provisória deduzida pelo Ministério Público, nos termos do art. 26º do mesmo diploma.

“I — Embora não seja absolutamente líquida, por se desviar, de certo modo, do pensamento orientador do Decreto-Lei nº 35.007, é hoje jurisprudência corrente e uniforme a admissibilidade de acusação pelo assistente, mesmo desacompanhado do Ministério Público. A essa conclusão chegou a jurisprudência em inúmeros arestos, que tomam por base o disposto no art. 4º, § 2º, do citado diploma legal.

.....

“E isso porque se lhe reconhece o direito de suscitar a decisão judicial do diferendo entre ele e o Ministério Público.

“II — Mas o reconhecimento do direito de acusar, por si só, não cria, para o assistente, ao contrário do que parece ao recorrente, uma posição processual idêntica à do Ministério Público.

“Na verdade, parece indiscutível, à face do texto do art. 26º do Decreto-Lei nº 35.007, que só o Ministério Público pode acusar provisoriamente para que a prova se complete em instrução contraditória, e mesmo esse só poderá fazê-lo se for de presumir que possa completar-se a prova indiciária.

“É essa acusação, privativa do Ministério Público que, nos termos do art. 31º do mesmo citado diploma legal, só pode ser rejeitada por *incompetência do juiz ou inadmissibilidade legal do procedimento criminal*. Acrescente-se que, como tem ensinado, e bem, o Prof. Castanheira Neves, cabe ainda ao juiz apreciar e decidir, para decretar a pronúncia provisória, se a prova já recolhida é de molde a fazer presumir que possa completar-se a prova indiciária, como é exigência lógica do art. 26º;

“III — Entregar uma prerrogativa de conseqüências tão graves como é a pronúncia provisória de alguém, sem controle da prova pelo juiz, à simples disponibilidade de um particular, normalmente malquistado com o pretense réu, seria solução perigosa, que nenhum legislador quererá adotar, ou, se o fizesse, deveria ser por forma expressa e rodeada das respectivas cautelas. Por isso se entende que o direito de acusar, concedido aos assistentes, o qual a lei atualmente retirou, cuidadosamente, o título anterior de parte acusadora, numa compreensível alteração de posições, só pode ser exercido quando os autos contenham prova suficiente dos fatos criminosos a apreciar pelo juiz, para decidir sobre a admissibilidade da acusação. Assim, caberá sempre ao juiz, perante a oposição de opiniões, quanto à existência da prova, entre o assistente e o Ministério Público, decidir se os autos contêm ou não prova suficiente, ainda que apenas do tipo indiciário. Só o réu, no caso do juiz perfilhar, contra o Ministério Público, a oposição do assistente, poderá, então, requerer a instrução contraditória, a qual, visivelmente, terá finalidades diferentes da que requer o Ministério Público, quando deduz a acusação provisória.

“O assistente, como simples auxiliar do Ministério Público que é, poderá, isso sim, pedir o complemento da prova que considere possível e suficiente. E depois o juiz apreciará o todo, na forma da lei.

“IV — Ora, no caso dos autos, a Relação, conhecendo definitivamente a matéria de facto, já disse que os autos não forne-

cem indícios suficientes de que os argüidos hajam praticado os fatos imputados na acusação.

“Sendo assim, é manifesto que não poderia ordenar que a acusação fosse recebida, com as graves conseqüências que a lei atribui ao despacho de pronúncia.

“V — Nestes termos, nega-se provimento ao recurso.” (11)

A questão, atualmente, já não oferece interesse do ponto de vista da prática processual, pois passou a dominar a tese adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça. Do ângulo doutrinário, porém, é bastante sugestiva para a avaliação dos poderes do Ministério Público no exercício da ação penal.

A ação penal é definida no direito português simplesmente como ação pública, cabendo o seu exercício ao Ministério Público, com as restrições já apontadas. Essas restrições é que levaram ao entendimento de que por exercício da ação penal se entende a faculdade de introduzir o feito em juízo, faculdade que só pode ser exercitada por uma autoridade pública.

O direito reconhecido aos assistentes de introduzir o feito em juízo, com a dedução de acusação contra a qual se opôs o Ministério Público, enfraquece a posição desse órgão.

Parece, entretanto, não haver sido isso que efetivamente pretendeu o legislador. Atente-se em que o número 1º do § 2º do art. 4º afirma competir aos assistentes formular a acusação “independentemente da do Ministério Público” e não “independentemente do Ministério Público”. E, no § 4º, diz-se que, quando os assistentes formulem acusação por *factos diversos* dos que constituem objeto da acusação do Ministério Público, não poderão recorrer da decisão do juiz na hipótese de receber esse a acusação do Ministério Público. Prevalece sempre o pressuposto legal de uma acusação pública, que pode, no todo ou em parte, ser seguida da acusação particular, mas nunca o pressuposto de acusação particular desacompanhada de acusação do órgão público. Pode ainda a acusação do Ministério Público cingir-se tão-só à acusação particular, como nos crimes privados.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 35.007 incumbiu ao Ministério Público, direta ou indiretamente, grande parte do trabalho de investi-

(11) Acórdão de 6-1-71, Proc. n.º 33.312, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 203, págs. 142 e segs. No mesmo sentido, e em outros números da mesma publicação, vejam-se: Acórdão de 1-7-53, Bol. n.º 38, pág. 122 (vencido o relator Bordalo Sá); Acórdão de 4-11-53, Bol. n.º 40, pág. 233; Acórdão de 2-12-53, idem, pág. 297; Acórdão de 16-12-53, idem, pág. 300; Acórdão de 12-2-58, Bol. n.º 74, pág. 341; Acórdão de 26-2-58, idem, pág. 456; Acórdão de 4-6-58, Bol. n.º 78, pág. 296; Acórdão de 1º-2-61, Bol. n.º 104, pág. 179, vencido o Conselheiro Barbosa Viana; Acórdão de 22-2-61, Proc. n.º 30.496, idem, págs. 282 a 286, vencido o Conselheiro Amorim Barbosa; Acórdão de 6-3-63, Bol. n.º 160, pág. 245 e segs.; Acórdão de 6-10-66, Bol. n.º 160, págs. 245 a 250.

gação criminal. É com base nos dados colhidos inicialmente por esses magistrados que se oferece, ou não, a acusação. Essa é a regra geral. Ora, se não se pode confiar no juízo do órgão, uno e indivisível, que, após apreciar a prova indiciária, afirma inexistir motivo para dar-se início a um processo penal, muito menos se deveria confiar no juízo do ofendido, para lhe permitir manter suspensa sobre a cabeça do pretendo culpado a ameaça de uma ação judicial o mais das vezes destituída de fundamento.

Em verdade, no caso decidido pelo acórdão cujos trechos ficaram transcritos, deduzira o ofendido acusação provisória contra certos indiciados por crime de simulação e abuso de confiança, requerendo abertura de instrução contraditória. O Ministério Público abstivera-se de acusar, mandando que os autos fossem ao corregedor para decidir sobre a acusação. O juiz deixou de receber a acusação por insuficiência de provas, ordenando que os autos aguardassem a produção de melhor prova. Pelo assistente foi interposto recurso para a Relação, por entender ele que a prova poderia completar-se na instrução contraditória. A Relação, por não haver encontrado nos autos indícios suficientes da prática dos factos imputados na acusação, rejeitou o recurso, indo a matéria, finalmente, a julgamento do Supremo Tribunal de Justiça.

Hipóteses semelhantes foram versadas nos acórdãos de 1º de julho de 1953 e 22 de fevereiro de 1961.

— *O Ministério Público e a fiscalização do não-exercício da ação penal*

Encerrada a investigação criminal ou instrução preparatória, pode o Delegado do Procurador da República verificar que: a) o fato não constitui crime; b) o fato denunciado constitui crime e há indício de autoria mas a punibilidade está extinta ou o argüido é irresponsável; c) o fato é criminoso mas não se reuniram no processo elementos suficientes à caracterização de sua prática ou de sua autoria; d) o ato denunciado constitui infração punível e há indício de autoria pelos argüidos, mas falta legitimidade ao agente do Ministério Público para a ação penal; e) o fato denunciado constituirá ou não infração punível, dependendo de como for resolvida certa questão prejudicial de natureza não criminal; f) o fato é criminoso, a autoria está confirmada e o Ministério Público está habilitado a oferecer a acusação.

Ocorrendo as hipótese a e b, o agente do Ministério Público abstém-se de formular a acusação, fundamentando o seu despacho e ordenando o arquivamento do processo, ao mesmo tempo em que determina que o denunciante (se não houver procedido *ex officio*) dele seja notificado. Se este tiver qualificação para se constituir assistente na ação, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 35.007, pode reclamar do despacho do Delegado para o Adjunto do Procurador da República do círculo judicial respectivo. Se o denunciante não se puder constituir

assistente, o juiz examinará o despacho do agente do Ministério Público e, não adotando as razões invocadas, remeterá os autos ao Procurador da República, que confirmará o despacho do delegado ou mandará que formule a acusação (arts. 27º e 28º). Em qualquer caso, porém, o arquivamento só se efetuará 30 dias depois da comunicação feita ao Procurador da República (art. 29º, parágrafo único).

Na incidência da hipótese c — fato criminoso e inexistência de elementos que comprovem a prática ou a autoria do crime —, o Delegado poderá abster-se de acusar e determinar que os autos fiquem a aguardar melhor prova, ou acusará provisoriamente, requerendo, ao mesmo tempo, instrução contraditória, se presumir que com ela possa completar-se a prova indiciária. Adotando a primeira solução, seu despacho está sujeito às mesmas formalidades previstas nos dois casos anteriores.

Na falta de legitimidade do Ministério Público — que ocorre quando se trata de crime privado e o ofendido não deduz a sua acusação —, também não pode deduzi-la o Delegado do Procurador da República, que ordena o arquivamento do processo.

Verificando a existência de questões prejudiciais de natureza não criminal, o Ministério Público promove a suspensão da ação, até que o incidente processual seja decidido pelo juiz da comarca.

Quando se tratar de crimes públicos a que corresponda processo correccional ou de querela (crimes que comportam as penas mais graves do Código Penal) e o delegado não deduzir a sua acusação, é obrigatória a remessa trimestral ao Procurador da República da relação dos autos que se encontram naquela situação, com nota explicativa dos motivos pelos quais se absteve de acusar. Poderá aquela autoridade, no prazo de 30 dias: a) mandar formular a acusação; b) mandar prosseguir as averiguações, indicando as diligências que julgar convenientes; c) propor ao Procurador-Geral da República que a instrução preparatória do processo seja remetida à polícia judiciária. Se o Procurador silenciar, prevalece a abstenção de acusação pelo Ministério Público.

Nesses casos de abstenção do Delegado, a fiscalização do não-exercício da ação penal é feita pelo próprio Ministério Público, por via hierárquica.

#### — O Ministério Público e a instrução contraditória

Considerada finda a instrução preparatória, por decurso dos prazos legais ou por ter sido obtida prova bastante para fundamentar a acusação ou abstenção do Ministério Público (art. 326º do C.P.C.), tem início a instrução contraditória, quando cabível.

É incabível nos processos de transgressão e sumários.

É obrigatória nos processos de querela (para os crimes aos quais a lei comina pena maior ou de demissão do serviço público).

Pode ser requerida pelo argüido, nos processos correcionais, e pelo Delegado, nos mesmos processos, se a causa, por sua complexidade, exigir mais ampla investigação.

Enquanto na instrução preparatória tem o Ministério Público amplos poderes investigatórios, na contraditória esses são limitados, pois ao juiz cabe presidi-la.

Pode também o Ministério Público não assistir a alguns atos que durante ela se pratiquem. Com efeito, diz o art. 39º do Decreto-Lei nº 35.007, que aos atos da instrução contraditória só podem assistir o Ministério Público, o argüido, o seu defensor e o advogado dos assistentes, faculdade que pode ser negada na medida em que o juiz considere a presença de qualquer deles incompatível com o êxito ou a finalidade das diligências.

Encerrada a instrução contraditória, o Ministério Público, em face dos novos elementos colhidos em juízo, manterá a acusação já feita em caráter provisório ou definitivo, ou se não se sentir habilitado a manter a acusação provisória, di-lo-á em despacho fundamentado e promoverá o arquivamento do processo ou sua guarda para a produção de melhor prova.

— *Derrogação do princípio acusatório no processo penal*

Como já ficou claro, nos crimes a que corresponda processo de que-rela, a acusação ou denúncia do Ministério Público é sempre provisória, sendo-o, ainda nos casos em que, dada a complexidade da causa, o Delegado a requer, na perspectiva de colher em juízo provas que melhor o habilitem a formular uma acusação definitiva.

O corolário lógico seria que, terminada a instrução contraditória, coubesse, nesse caso, ao Ministério Público dizer se estavam ou não configurados os pressupostos para se prosseguir no procedimento criminal.

Ao contrário, ocorre que, encerrada a instrução, se o Ministério Público pedir o arquivamento do processo ou a sua guarda para produção de melhor prova e o juiz não concordar com esses pronunciamento por entender que há elementos para se prosseguir no processo, assim o declarará em despacho fundamentado, ordenando que volte com vista ao Ministério Público para deduzir a acusação.

Se, no mesmo caso, a parte acusadora deduzir a acusação e o juiz com ela conformar-se, não haverá nova vista do Ministério Público e ser-lhe-á notificado o despacho do juiz (art. 44º do Decreto-Lei nº 35.007, combinado com o art. 346º e parágrafo único do C.P.P.).

Seria mais conforme ao princípio da completa separação entre as funções de acusar e julgar — que se procurou estabelecer com a reforma do decreto-lei já tantas vezes citado — se da promoção do Ministério Público coubesse, nesses casos, recursos do juiz, ou até mesmo do assistente, para o superior hierárquico, como ocorre ao término da instru-

ção preparatória. Tal como é a lei, entretanto, verifica-se verdadeira derrogação do princípio acusatório, pois caberá ao juiz, em última análise, e não ao Ministério Público, fazer a acusação.

— *Derrogação do paralelismo e independência entre as magistraturas judicial e do Ministério Público*

A aplicação do art. 346º do Código de Processo Penal, finalmente, implica na derrogação do paralelismo e independência entre as magistraturas judicial e do Ministério Público, estabelecidos no art. 172º do Estatuto Judiciário, ao dizer que os representantes do Ministério Público não podem receber ordens ou censuras dos juizes.

— *O Ministério Público e o exercício da ação penal no direito brasileiro*  
— *Ação pública e ação privada*

O legislador brasileiro deu tratamento mais simples e prático à ação penal. Diz o Código Penal, no art. 102, que a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. A ação privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. A ação privada poderá intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal.

Diz-se, pois, que a ação pública é incondicionada ou condicionada. A primeira é o tipo comum, amplamente exercida pelo Ministério Público. Para a promoção da segunda, impõe-se a realização de certas condições, sem as quais não terá legitimidade o procedimento do órgão do Estado incumbido de efetivar a pretensão punitiva. Tais condições são a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça.

A representação é o ato pelo qual o ofendido pede ao Ministério Público que instaure a ação penal e tem lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei. (12)

São casos em que não está em jogo interesse público imediato, já porque a ofensa praticada é leve, já porque a defesa do bem violado provocaria maiores incômodos ao ofendido do que a impunidade do crime, já porque a produção da prova não poderia ser feita sem a ativa participação do lesado, como bem resume Jorge Alberto Romeiro (*Da Ação Penal*, pág. 127 — Edição Revista Forense).

(12) São crimes contra os quais o Ministério Público só pode agir mediante representação, entre outros: perigo de contágio venéreo; injúria contra funcionário público, em razão de suas funções; ameaça; violação, sonegação ou destruição de correspondência ou violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica; desvio, subtração ou violação de correspondência comercial; divulgação de segredo; furto de coisa comum (em relação aos crimes contra o patrimônio, dispõe ainda o art. 182 que somente se procederá mediante representação se o crime for praticado em prejuízo do cônjuge desquitado ou judicialmente separado, de união, legítima ou ilegítima, de tio ou sobrinho com quem o agente coabite); estupro, atentado ao pudor, sedução, corrupção de menor, se a vítima ou seus pais não puderem prover às despesas do processo.



A requisição do Ministro da Justiça para que o Ministério Público promova ação penal tem cabimento nos crimes de calúnia e injúria contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro, conforme dispõe o art. 145, parágrafo único, do Código Penal. Trata-se aqui de controle puramente político da iniciativa do Ministério Público: pode não interessar ao Estado que sejam levados a juízo, provocando rumores e debates inconvenientes ao Governo, fatos que, de outro modo, passariam despercebidos à opinião pública.

Na ação penal privada, reservada por lei aos crimes de pequena repercussão patrimonial e àqueles diretamente ligados à honra das pessoas <sup>(13)</sup>, predomina sobre o *jus puniendi* do Estado o interesse do ofendido em se resguardar da publicidade do processo, não tendo o Ministério Público a iniciativa da ação. A queixa é apresentada, quer pelo ofendido ou seu representante legal, quer, no caso de morte ou ausência judicialmente declarada, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (C.P., art. 102, §§ 2º e 4º).

#### — Fiscalização do não-exercício da ação penal

No Brasil — à exceção do processo sumário das contravenções — compete exclusivamente ao Ministério Público decidir se a ação penal deve ou não ser intentada.

Inconformado o juiz com a abstenção de acusação, suscitará o pronúnciamento do Procurador-Geral, que decidirá a controvérsia. É o que diz o art. 28 do Código de Processo Penal:

“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

#### — Ação penal subsidiária

A ação penal privada movida por crime público chama-se ação penal subsidiária, que não se assemelha, como o nome possa indicar, à ação

(13) Segundo o Código Penal, somente se procede mediante queixa entre outros, nos seguintes crimes: calúnia, difamação e injúria, salvo quando esta consistir em violência da qual resultar lesão corporal; alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório, sem emprego de violência, desde que em propriedade particular; dano não qualificado por motivo egoístico ou prejuízo considerável para a vítima; introdução ou abandono de animais em propriedade alheia; fraude à execução; violação de direito autoral; usurpação de nome ou pseudônimo alheio; violação de privilégio de invenção; usurpação ou indevida exploração de modelo ou desenho privilegiado; violação do direito de marca; concorrência desleal; atentado à liberdade sexual, sedução, corrupção de menores e rapto; adultério, somente podendo ser intentada ação penal pelo cônjuge ofendido e dentro de um mês após o conhecimento do fato; exercício arbitrário das próprias razões sem emprego de violência.

subsidiária admitida pela jurisprudência portuguesa como prerrogativa do assistente.

Está consagrada na lei com o só propósito de impedir que, por eventual desídia do Ministério Público, fique sem perseguição um crime de ação pública. O particular não age contra o pensamento ou a convicção do Ministério Público, e, sim, no lugar dele, que descurou do dever de oferecer a denúncia no prazo legal. (14)

— *Processo sumário das contravenções*

Pública é ainda a ação movida nas contravenções.

A exemplo do que ocorre no direito português, quanto às transgressões e contravenções, a ação é exercida por uma autoridade pública, independentemente de denúncia do Ministério Público, e possui rito sumário. Inicia-se com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria, expedida pela autoridade judiciária ou policial (art. 26 do Código de Processo Penal), de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Em qualquer caso, iniciada a ação, terá vista dos autos o promotor público, a quem cabe, como representante da Justiça Pública, movimentar a ação.

Exceção à regra do início da ação de contravenção sem participação do Ministério Público foi estabelecida pela Lei nº 1.508, de 19-12-51, que, prevendo rito especial para dois tipos de contravenção — a do “jogo do bicho” e a de “apostas sobre corridas de cavalos fora dos hipódromos” —, admitiu ainda que a ação penal pudesse, nesses casos, ser iniciada por denúncia do Ministério Público. Os elementos para o oferecimento da denúncia podem ser apresentados por qualquer pessoa. Aberrantemente, prevê a lei que ao signatário das informações caiba recurso, em sentido estrito, contra a decisão que mandar arquivar sua representação.

— *O Ministério Público e o aditamento à queixa*

O Código de Processo Penal, no art. 45, diz que “a queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subseqüentes do processo”.

A pergunta que se colocou aos intérpretes do dispositivo transcrito foi a seguinte: a intervenção do Ministério Público na ação privada está na dependência direta do uso que fizer da faculdade de aditar a queixa? Qual a posição processual do Ministério Público no caso? Aditar e intervir serão cousas distintas ou uma e mesma cousa?

(14) Art. 29 do Código de Processo Penal — “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se essa não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

Walter Acosta, tratando da matéria, refere as opiniões dos Professores Vicente Azevedo e Helio Tornaghi. Para o primeiro, aditar não significa fazer acréscimos à acusação privada, e sim examinar a sua juridicidade, a sua harmonia com a lei, a sua honestidade.

Já Helio Tornaghi professa que "se o Estado entende que o ofendido disse na queixa tudo quanto era possível dizer, indicou todas as provas que podia indicar, referiu todas as circunstâncias que podia referir, então nada terá de aditar. Por isso mesmo, a lei dá ao Ministério Público a faculdade, não o dever, de aditar a queixa. Se o Ministério Público adita a queixa, entra ele no processo como parte adjunta. Compete então ao Ministério Público, como o órgão por meio do qual o Estado vai a juízo como parte, intervir em todos os termos subsequentes do processo".

Espínola Filho entende que o "auxílio do Ministério Público à parte privada, que o aditamento traduz, se efetiva com a intervenção daquele em todos os termos posteriores do processo, para o que lhe será sempre aberta vista após o querelante".

O autor citado, por sua vez, é de opinião que a lei prevê duas atribuições diferentes: *aditar* e *intervir*, sem que a segunda seja consequência da primeira. Pode não haver razões para o aditamento, mas haver interesse na intervenção posterior (Walter P. Acosta, Processo Penal, Editora do Autor, 5ª edição, pág. 169).

Frederico Marques dá ao Ministério Público a qualidade de litisconsorte quando oferece aditamento à queixa: se não oferece, atua apenas como *custos legis*.

A melhor interpretação parece ser a que distingue entre aditar e intervir, como atos materialmente distintos e de consequências diversas, embora o aditamento seja, já de si, uma maneira de intervenção. O aditamento é faculdade que pode não ser exercida pelo Ministério Público, embora sua intervenção no processo, como fiscal da lei, seja obrigatória. De outro modo não seria lógico que do processo lhe fosse sempre dada vista, mesmo nos casos em que nada acrescentou à acusação do ofendido. A natureza de sua participação no processo, quando adita a queixa, é a de parte acessória ou litisconsorte, como quer Frederico Marques.

#### — O Ministério Público e os assistentes

Bem diverso do direito português é a posição dos assistentes no *jus positum* brasileiro. A começar pelas pessoas a que a lei confere esse direito, como já apontado anteriormente: somente ao ofendido, seu representante legal, ou, em caso de morte ou ausência do ofendido, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão <sup>(15)</sup>. Unicamente, portanto,

(15) Código de Processo Penal — Art. 268 — "Em todos os termos da ação pública, poderá intervir como assistente do Ministério Público o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31." — Art. 31 — "No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão."

a quem tenha um interesse legítimo a proteger, ao lado do interesse maior do Estado de exercer sua pretensão punitiva.

Segundo o Código de Processo Penal, que deles trata no Capítulo IV do Título VIII, poderão intervir em todos os termos da ação pública, enquanto não passar em julgado a sentença, e receberão a causa no estado em que se achar (não poderá intervir como assistente no mesmo processo o co-réu).

Ser-lhes-á permitido propor meios de prova, requerer pergunta às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público ou por ele mesmo nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598. São estes casos: o recurso em sentido estrito da decisão, despacho ou sentença que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade, e, conforme o art. 598, nos crimes de competência do Tribunal do Júri ou do juiz singular, "se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo".

O juiz só decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente depois de ouvido o Ministério Público, que se manifesta, também previamente, sobre a sua admissão no processo. É irrecorrível a decisão do juiz que não admitir o assistente, embora devam ficar registrados nos autos o pedido e a decisão. Deixando o assistente de atender à intimação para qualquer ato da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado, o processo prosseguirá independentemente de nova intimação (arts. 268 a 273 do Código de Processo Penal).

A lei deixa clara a posição de auxiliar do Ministério Público assumida pelo assistente no processo. Só passa a intervir nele depois de recebida a denúncia pelo juiz, isto é, depois de iniciada a ação penal. Só tem ação independente nos dois casos de recurso citados: primeiro, quando a sentença dá por finda a ação por prescrição ou extinção de punibilidade; segundo, quando o Ministério Público deixa de recorrer. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a ação privada subsidiária, não se presume a desídia do Ministério Público. Não sendo obrigatório o recurso da decisão absolutória, o seu silêncio pode indicar conformidade com a sentença.

#### — *Natureza essencialmente pública da ação penal*

As condições de procedibilidade impostas ao Ministério Público no direito brasileiro não retiram ao órgão seu poder de atuação; nem da ação penal seu caráter eminentemente público. Com efeito, nem a representação do ofendido nem a requisição do Ministro da Justiça podem obrigar o Ministério Público a apresentar denúncia. Continuará sendo o único senhor da ação penal, o único capacitado a requerer ao juiz que ela tenha início. E essa só principia com o recebimento da de-

núncia pelo juiz. Por isso é que, no Brasil, se entende por exercício da ação penal pública o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e o seu dever de acompanhar a ação até sentença final.

Como verdadeiro *dominus litis* que é, pode o Ministério Público oferecer ou não a denúncia. Se, ao invés de oferecê-la, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz terá de se conformar com a sua promoção, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, como já acentuado.

Por outro lado, na ação penal subsidiária, pode o Ministério Público aditar a queixa do particular, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, interpor recurso e, a todo o tempo, em caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Mesmo que o Ministério Público só possa agir mediante representação, uma vez oferecida a denúncia, ela é irretratável: o ofendido não tem qualquer poder autônomo sobre o destino da ação, cujo exercício é da exclusiva competência do Ministério Público. Sua posição é a de simples assistente do Ministério Público.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. DOCTRINA

- 1.1 — Acosta, Walter P. *Processo Penal*. Rio, 5.<sup>a</sup> Edição, Editora do Autor.
- 1.2 — Battaglini, Mário. "Appunti sulla natura e sulle funzioni del pubblico ministero nel processo civile", in *La Giustizia Penale*. LVII: Dicembre. 1952
- 1.3 — Bittencourt, Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2.<sup>a</sup> Edição. Forense.
- 1.4 — Bluntschli. *Le Droit Public Général*. 2<sup>e</sup> éme édition. Paris, Librairie Gullaumin et Cie, 1885.
- 1.5 — Buzaid, Alfredo. *Da ação direta da inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Edição Saraiva, 1958.
- 1.6 — Caetano, Marcelo. "A Constituição de 1933". *Estudo de Direito Político*. 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra, Editora Limitada, 1937.
- 1.7 — Caetano, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 5.<sup>a</sup> Edição. Coimbra Editora, 1967.
- 1.8 — Carneletti. *Estudios de Derecho Procesal*. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1952. V. II.
- 1.9 — Copmany, Rafael Zurbaran. "El Ministerio Público conforme a la Doctrina". in *Criminología*, n.º 4: ANO XXIX. 1963. México.
- 1.10 — Correia, Eduardo. *Processo Criminal*. Portugal, 1956.
- 1.11 — Costa, Ary de Almeida Elias da. *Manual Elementar do Delegado do Procurador da República*. Porto, 1955/1956.
- 1.12 — Costa, Américo Campos. *Notas à Organização Tutelar de Menores*. Atlântida Editora, Portugal, 1967.
- 1.13 — Costa, Américo Campos. "A intervenção do Ministério Público nas acções sobre o estado das pessoas", in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. n.º 1: ano VII: 28-40. jan./mar. 1955.
- 1.14 — Estelita, Guilherme. "O Ministério Público e o processo civil". *Revista Forense*. V. 168, 17 p.
- 1.15 — Ferreira, Manuel Cavaleiro de. "O Direito de Punir. Abuso de confiança e convalidação. Atenuação extraordinária da pena". In *Scientia Juridica*. n.º 78: Tomo XV: 158-173.
- 1.16 — Ferreira, Manuel Cavaleiro de. *Curso de Processo Penal*. Lisboa. 1955.

- 1.17 — Goyet, Francaque. *Le Ministère Public*. Paris, 3<sup>ème</sup> édition, Recueil Siréy, 1953.
- 1.18 — Guimarães, Ary Florêncio de. *O Ministério Público e o Mandado de Segurança*. Curitiba, 1959.
- 1.19 — Inacarato, Marcio Antonio. "O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional". In *Revista de Informação Legislativa*, n.º 29.
- 1.20 — Leone, Giovanni. *Trattato de Diritto Processuale Penale*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961.
- 1.21 — Marques, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Forense, 1958 e 1963.
- 1.22 — Marques, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Edição Forense, 1961. V. II.
- 1.23 — Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Edição Revista dos Tribunais, Tomo IV.
- 1.24 — Osório, José. "Espírito e Missão do Ministério Público". In *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68: 5 e segs. Lisboa.
- 1.25 — Romeiro, Jorge Alberto. *Da Ação Penal*. Edição Revista Forense.
- 1.26 — Santos, António Furtado dos. "Abolição da Pena de Morte". Separata do *Boletim Cultural da Junta Distrital de Évora*. — 1969.
- 1.27 — Santos, António Furtado dos. "Esquema da Intervenção do Procurador-Geral da República de Portugal, no IV Congresso Interamericano do Ministério Público".
- 1.28 — Tornaghi, Helio. *Instituições de Processo Penal*. Forense.
- 1.29 — Valadão, Alfredo. *Aos Jovens Juristas*. Ed. Livraria Freitas Bastos, 1967.
- 1.30 — Veloso, Francisco José. "Atribuições do Ministério Público em Portugal e no Brasil". In *Scientia Jurídica*, n.º 33, Tomo VII: 15-24, 1958.

## 2. LEGISLAÇÃO COMENTADA

- 2.1 — Araújo, Laurentino da Silva. *Código de Processo Penal*. Anot. atual. Coimbra, Editora Lda., 1960.
- 2.2 — Brito, Mário de. *Código Civil*. Anot. Edição do Autor, 1968.
- 2.3 — Farinha, João de Deus Pinheiro. *Código de Processo Penal*. Anot. Lisboa, 1965.
- 2.4 — Faveiro, Vitor António Duarte, & Araújo, Laurentino Silva. *Código Penal Português*. Anot. 6.<sup>a</sup> Edição. Coimbra, Editora Lda., 1969.
- 2.5 — Gonçalves, Manuel Lopes. *Código Penal Português na Doutrina e na Jurisprudência*. Coimbra, Livraria Almedina, 1968.
- 2.6 — Pedrosa, António Ferreira, & Lufinha, António Rodrigues. *Estatuto Judiciário*. Anot. 2.<sup>a</sup> Edição. Coimbra, Editora Lda., 1967.
- 2.7 — Santos, José António Carpeto dos. *Decretos-Leis ns. 35.007, 35.042 e 35.040, de outubro de 1945*. Comt.
- 2.8 — Santos, António Furtado dos. *Código de Processo Penal Atualizado e Legislação Complementar*. Biblioteca Jurídica Atlântida. Coimbra, 1972.
- 2.9 — Silveira, José Xavier Mouzinho da. *Decreto de 18 de maio de 1832, com relatório, in Coleção das Leis de 1829 e 1833*. Págs. 59 e segts.

## 3. JURISPRUDENCIA

- 3.1 — *Boletins do Ministério da Justiça* ns. 129, 203, 78, 106, 160, 38 e 95.
- 3.2 — Cunha, Albano. *Jurisprudência das Relações*. Ano 3.<sup>o</sup>, Tomos I e II, 1957.

## 4. DIVERSOS

- 4.1 — *Discurso do Ministro da Justiça, Prof. Dr. Almeida Cotta, ao empossar o Procurador-Geral da República, em 31 de janeiro de 1969, in Boletim do Ministério da Justiça* n.º 182.
- 4.2 — *Relatório do Conselheiro Procurador-Geral da Coroa e da Fazenda, João Batista de Carvalho Martens, de 31 de maio de 1871, in Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4: 72. 1871.
- 4.3 — *Discurso do Procurador-Geral da República, Dr. António Furtado dos Santos, em 31 de janeiro de 1969, in Boletim do Ministério da Justiça* n.º 182.
- 4.4 — *Fagundes, Seabra. Conferência pronunciada no 3.<sup>o</sup> Seminário de Estudos Jurídicos do Ministério Público de São Paulo, in Justitia*, 33/7. Publicação do Ministério Público do Estado de São Paulo.
- 4.5 — *Henriques, Artur Alberto de Campos. Reorganização dos Serviços do Ministério Público*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1901.
- 4.6 — *Vasconcelos, José Maximino de Castro Leite e. "Pecúlio do Procurador-Régio e Resumpta e Promptuário Alfabético de todas as leis, decretos, regulamentos, instruções, portarias do Governo, do Tesouro e da Junta de Crédito Público"*. Lisboa, Imprensa Nacional, 1841.