

# O Ministério Público perante os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo - Análise de sua posição constitucional

José Eduardo Sabo Paes\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Posição do Ministério Público na Estrutura do Estado Democrático de Direito. 3 O Ministério Público como órgão integrado ao Poder Judiciário. 4 O Ministério Público como órgão do Poder Executivo. 5 O Ministério Público como órgão vinculado ao Parlamento. 6 O Ministério Público como órgão constitucional do Estado essencial para a administração da justiça. Referências.

## 1 Introdução

A separação de poderes e o reconhecimento dos direitos dos membros de uma comunidade política atuam favoravelmente à consolidação dos regimes constitucionais que garantam efetivamente a liberdade do cidadão. Todavia, isso também se deve à consagração do princípio democrático e ao estabelecimento de instituições igualmente democráticas na estrutura do Estado.

O Estado de Direito se caracteriza pela submissão de suas atividades ao império da lei, característica essa que não se divisa no Estado absoluto, no qual todas as funções se concentravam nas mãos de uma pessoa, podendo ditar as leis, julgar os conflitos, administrar os negócios públicos, por acréscimo, criar a ordem jurídica que não se diferenciava da vontade do soberano. Desse modo, o Poder Público era alheio à ordem jurídica, não se submetia a ele, estava dirigido apenas aos súditos, resultando na sentença: *the king can do no wrong*.

O Ministério Público é consequência da necessidade de defender os elevados interesses da sociedade, na fiel aplicação e execução da lei. Como bem observa João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 127), “a evolução

\* Ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Procurador de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri. Professor da Universidade Católica de Brasília. Professor visitante da Universidade de Brasília.

institucional por que passa o Ministério Público corresponde à mesma que séculos atrás passou o próprio Poder Judiciário (e que ainda se manifesta nos dias de hoje) para se firmar como uma função soberana do Estado”. De fato, sendo o Ministério Público criação posterior à teoria da separação dos poderes, dissona das linhas rígidas da tripartição.

Entre os que defendem a idéia de conceber a atividade do Ministério Público como própria de um poder de Estado, encontra-se a elogiada análise que a respeito faz Alfredo VALLADÃO<sup>1</sup> (1973):

O Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *'Espírito das Leis'*, com certeza não seriam três, e sim quatro poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, se acrescentaria outro órgão: o que defende a sociedade e a lei perante a justiça, tanto se a ofensa parte dos indivíduos como dos próprios poderes do Estado.

Isso se baseia em que o Ministério Público toma diretamente da soberania do Estado o poder de atuar e de oficiar, pois, como é o titular da ação penal pública, é o órgão que tem por função promover a atuação da lei penal por meio da jurisdição, que somente atua mediante provocação. Assim, a função jurisdicional do Estado somente atua se antes o faz outro órgão do Estado que tem essa função, nos casos de aplicação da lei penal; isto é, o próprio Poder Judiciário depende do ajuizamento induzido pelo Ministério Público, que é órgão indispensável para levar a cabo o direito de penalizar, função soberana do Estado. E o exerce de modo independente e abrigado de qualquer ingerência.

Importante trazer aqui as observações de João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 137): “O Poder Judiciário sem o Ministério Público fica incompleto. Não pode funcionar. Por isso é que o Ministério Público é mais que um órgão auxiliar ou de cooperação. É peça fundamental do sistema”.

Sobre o Ministério Público, já no século XIX Prudente de MORAES FILHO, citado por Roberto LYRA (1989, p. 65), assegurava: “É uma magistratura especial, autônoma, com funções próprias. Não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juízes. Atua com autonomia e em nome da sociedade, da lei e da justiça”.

<sup>1</sup> Entre outros, Roberto LYRA (1989, p. 15); João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 133); Cândido Furtado MAIA NETO (1989, p. 35).

Em todo caso, à margem das discussões sobre a qualificação ou não do Ministério Público como um quarto Poder, posição essa com que não concordamos, é indiscutível que se trata de uma instituição essencialmente constitucional e necessária a toda organização democrática. E é na Constituição onde deve estar como garantia do Estado democrático e para defesa do interesse público, como instrumento de realização da justiça social.

Submetido o Estado à Constituição e fundado na legalidade democrática, deve incumbir ao Ministério Público o papel de guardião da legalidade formal e material e das liberdades públicas contra os abusos do poder da comunidade estatal, ainda que nem toda legalidade mereça ser tutelada, só a democrática. De simples “defensor da lei” deve passar a ser “defensor da legalidade democrática”, deixando de lado a postura meramente legalista, a defesa da lei apenas pela lei. É necessário para a construção de “um verdadeiro Estado de Direito, onde não mais seja possível o arbítrio e onde, também não mais se invoque um direito abstrato para violar as liberdades concretas dos cidadãos ou para manter, seja sob que forma for, a exploração do homem pelo homem”<sup>2</sup>.

Cabe aqui distinguir, como já temos feito, Estado de Direito e Estado de Direito Democrático: o primeiro pode simplesmente aplicar a lei pura, elaborada por um governo despótico. O segundo reflete a consciência popular.

FLORES PRADA (1999, p. 346), ao estudar o instituto, cita FIORAVANTE ao dizer que

el Ministerio Fiscal refleja de tal modo el sistema político del cual es expresión que en su posición jurídica convergen y se concretan las dos tendencias esenciales que caracterizan al moderno Estado social de derecho: la función de garantía y la función de dirección política; e acrescenta: “la cultura de los derechos y libertades de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial se forma en contraposición con el estatalismo liberal del siglo pasado; y en particular aparece reforzada por una intención original de combinar las dos tradiciones revolucionarias distintas: la Constitución como norma de garantía y la Constitución como norma directiva fundamental.

<sup>2</sup> Palavras do Deputado Português Manuel ALEGRE, citado por Luiz Antonio Guimarães MARREY, Paulo Afonso Garrido de PAULA e Pedro Falabella Tavares de LIMA (1985, p. 318).

Essa tendência do Ministério Público deverá ser manifestada, igualmente, na defesa dos grupos sociais considerados econômica e socialmente mais débeis e, por tal motivo, merecedores de proteção especial de acordo com o direito social, como são os deficientes, os idosos, etc. Assim, o promotor passa a ter um importante papel como instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais. Os grandes litígios necessitam ser afrontados por um órgão independente e fortalecido, com segurança suficiente para garantir a eficácia dos interesses sociais e a defesa dos fins do Estado, entre os quais se sobressai o bem comum.

Como assinala acertadamente Antonio Augusto Mello de Camargo FERRAZ (1997, p. 55),

o papel do Ministério Público está diretamente relacionado com as novas características do Direito Social, na medida em que o fundamento de intervenção do Promotor no âmbito do aparato judicial é o de defensor direto dos interesses sociais (sejam eles coletivos, difusos ou individuais imbuídos de interesse social).

Como instrumento de defesa da sociedade e guardião do interesse público, deverá desempenhar com absoluta e indispensável imparcialidade a missão que lhe cabe.

O encargo de defender o interesse público tem que ser distinguido do encargo de defender interesses dos sujeitos de direitos do Estado. Trata de distinguir interesses públicos próprios, chamados interesses primários, dos interesses que se encarnam na pessoa do Estado pelo simples fato de ser sujeito de direitos, chamados secundários, e que não coincidem necessariamente com o interesse público primário.

Celso Antônio Bandeira de MELLO (1983, p. 152), recolhendo a distinção estudada por CARNELUTTI, aponta:

o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito; interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.

Segue dizendo o mesmo autor que

pode ocorrer – ocorre diariamente – que o Estado indevidamente atue em descompasso com o interesse público (isto é, com o interesse primário) e o Ministério Público terá de agir na defesa do interesse público, portanto, contradizendo o procedimento estatal. Sem dúvida, para fazê-lo, necessita de total independência.

O Ministério Público tem a principal missão de defender o Estado de Direito, cujo moderno conceito é o da existência efetiva, dentro da comunidade politicamente organizada, de uma ordem jurídica em que predominam os direitos humanos; igualmente deve prevalecer uma ordem econômica e social justa, verdadeira aspiração da sociedade civil e do Estado e incumbência dos Governos de realizar sem conotações paternalistas.

Sendo evidente que o Ministério Público afronta as forças negativas da sociedade, neutraliza o poder econômico quando contrário ou nocivo à sociedade, combate os mecanismos de repressão quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos e sociais, transformando-se, no cotidiano de sua atuação discreta e silenciosa, no último e, muitas vezes, no único baluarte de defesa capaz de evitar o esmagamento do povo e da sociedade pelas pressões e antagonismos que se lhe opõem, no caminho da conquista do bem comum.

Pois claro está que não se pode conceber um Estado de Direito social, democrático sem uma instituição fortalecida que possa opor-se contra essas forças. As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos legitimados pela vontade do povo, do qual emana todo o poder, corporificadas no texto expresso do Direito Constitucional positivo, não podem prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social, com vistas ao atingimento do bem comum.

É patente que lhe será impossível realizar os misteres que lhe são assinados sem dispor de completa independência e garantias que lhe assegurem condições para a total imparcialidade. Assim, são igualmente inimagináveis implicações políticas de qualquer ordem

entre membros do Ministério Público e setores da Administração, sob pena de comprometer o cumprimento daquilo que se proclama ser as finalidades da Instituição.

A intervenção eficiente do Ministério Público no combate às ofensas às liberdades públicas, elevada a mandamento constitucional, tem como pressuposto básico sua plena autonomia, garantia de uma atuação livre e imparcial, somente submetida aos princípios constantes da Lei Fundamental.

A idéia de Estado de Direito se converte, pois, em elemento essencial para a consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. Para desfrutar dos direitos fundamentais

é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica orientada a limitar seu poder. Toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive legais, devem estar submetidas a estes direitos. A democracia exige essa normalidade, pois sem ela não se pode falar de garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado baseado em uma racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondem a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema seja posto em cheque a democracia estará em risco (1995, p. 189-195).

## **2 Posição do Ministério Público na estrutura do Estado Democrático de Direito**

A etiologia da origem formal de Ministério Público e a pretensão dos distintos Poderes do Estado de instrumentalizar a seu favor a instituição, em sua luta hegemônica pelo predomínio dentro do equilíbrio instável desses Poderes, têm produzido uma variedade de sistemas que afetam a inserção do Ministério Público na estrutura do Estado.

Desde a instauração do moderno Estado de Direito, a organização política se sustenta sobre a separação dos três poderes em que é necessário enquadrar aos órgãos e instituições – entre eles naturalmente ao Ministério Público – que formam parte da estrutura política do Estado. Se tivermos em conta que a singular configuração orgânico-funcional do Ministério Público permite sustentar distinta

sorte de vinculação com cada um dos três poderes, começaremos a compreender que a decisão sobre sua posição jurídico-política é a garantia dos equilíbrios na estrutura constitucional do Estado<sup>3</sup>.

A localização do Ministério Público a respeito dos poderes do Estado, em definitivo, é um debate que segue aberto ainda que possa afirmar-se que no seio da doutrina científica as posições intermediárias sobre a natureza jurídica da Instituição vão ganhando um importante espaço.

É claro que essa posição do Ministério Público na estrutura jurídico-política do Estado deve tomar em consideração a integração ou dependência/independência de alguns dos poderes do Estado; o que comprovaremos é que se tem produzido uma conscientização do papel do Ministério Público dentro da estrutura constitucional do Estado com a criação e sistematização de posições intermediárias no binômio dependência/independência<sup>4</sup>.

Granados assinala que, após a prolongada discussão sobre a dependência do *Parquet* de um dos três poderes, do Chefe do Estado ou do Ministro da Justiça, tem aparecido, como lógica reação e à medida que se ampliavam as funções e atribuições do Ministério Público, uma corrente em seu seio, que, apartando-se radicalmente de tão marcada tutela, tem evoluído para fronteiras opostas, passando desde a construção doutrinal da autonomia até a, desejada por alguns, independência<sup>5</sup>.

Assim, considerando a extraordinária importância do Ministério

3 Esse enfoque, assinalado por FLORES PRADA (1999, p. 281-282), pode encontrar-se em um importante setor da doutrina constitucionalista e processualista italiana, representada entre outros por JANNACCONE (1977); GUARNIERE (1984; 1991); DI FEDERICO (1991).

4 Ignacio FLORES PRADA (1999, p. 283 et seq.), chama-o *progressiva relativização* dos mecanismos clássicos que explicavam a posição jurídico-política do Ministério Público dentro da estrutura constitucional do Estado.

5 SABATINI (1943, p. 59 et seq.), em sua obra *Il Pubblico Ministero nel diretto procesuale penale*, representa na doutrina italiana a posição segundo a qual o estudo do Ministério Público haverá de situar-se em um plano jurídico-político constitucional e público antes que processual, constituindo uma premissa indiscutível a natureza estatal da Instituição a partir da chamada teoria do órgão, que desenvolvida da seguinte forma: "O Ministério Público - diz - nasce constitucionalmente e se organiza administrativamente". Analisa a relação Estado-órgão, a diferença entre órgão e representação, em palavras de JELLINEK (apud SABATINI, 1943, p. 33): "por trás do representante há outra pessoa, por trás do órgão, nenhuma". Se o órgão não tivesse personalidade própria, nem direitos, bastaria o fenômeno jurídico da representação, como sustentava DE MARSICO (apud SABATINI, 1943), mas não é assim. Defende a personalidade do órgão diversa da do Estado, o que a ele, depois de citar vários constitucionistas, parecia fecundo para o direito processual (e ainda para o privado, para a mais exata construção das pessoas jurídicas). Quando aplica a teoria ao Ministério Público, examina com grande rigor como é o órgão para cumprir os fins que lhe atribui o ordenamento jurídico, o qual reclama uma autonomia e se constitui em "centro de coordenação de determinados fins e interesses", com capacidade de querer e atuar do próprio ordenamento jurídico que o constitui (p. 107). Cada órgão tem sua própria função e sua própria competência, limite do exercício daquela, inserida na potestade fundamental de justiça, o Poder Judiciário, onde se distinguem, nitidamente, a estrita função jurisdicional exercida pelos órgãos que tem o *iusdicere* e a função de promovê-la, consubstancial com o Ministério Público, conforme a sua potestade fundamental de justiça.

Público no campo processual e organizacional – não como premissa, mas como consequência –, começaremos o tratamento institucional do Ministério Público como uma questão constitucional que obrigatoriamente será definida dentro das principais linhas doutrinárias acerca da natureza do Ministério Público no âmbito dos Poderes do Estado Democrático de Direito. A seguir faremos a análise da instituição integrada nos Poderes estatais e como órgão essencialmente constitucional.

### 3 O Ministério Público como órgão integrado ao Poder Judiciário

A inserção do Ministério Público na estrutura do Poder Judiciário como dependente ou integrante deste Poder tem sido uma das posições doutrinárias mais encontradas na estrutura constitucional dos países democráticos.

A análise dessa doutrina – que inclui o *Parquet* no Poder Judiciário – serve para iniciar o debate sobre a natureza do Ministério Público e, efetivamente, como assinala FLORES PRADA (1999), pode-se dizer que, até as transformações do moderno Estado de Direito, o debate sobre a natureza do Ministério Público vinha girando sobre uma dialética recorrente: a defesa pública da legalidade haverá de estar integrada dentro das responsabilidades do Estado-aparato e, portanto, haverá de ser assumida por uma estrutura orgânica e funcionalmente dependente do Governo; de outra parte, a ação pública haverá de ser um instrumento de garantia integrado nos mecanismos de controle do poder, cuja legitimação arranca, bem da soberania popular por meio de um sistema eletivo-direto ou indireto, bem por meio da independência e submissão à lei como ocorre com o Poder Judiciário<sup>6</sup>.

Alhures, tivemos a oportunidade de estudar a teoria do Ministério Público, antecedentes e origens. A partir deste estudo, parece claro que, especialmente a partir da Revolução Francesa, ou inclusive um pouco antes com as ordenações de Felipe, o Belo, pode-se sustentar com certa clareza uma dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, como veremos mais adiante.

No entanto, “a história do Ministério Público é um longo caminho

<sup>6</sup> Segundo JIMÉNEZ VILLAREJO (1982, p. 81), trata-se de “aquela velha ambigüidade, tantas vezes assinalada, que fazia oscilar ao Ministério Público, alternativa e interminavelmente, entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo”.

até a independência da Instituição” e a vinculação ou proximidade ao Poder Político (leia-se, Poder Legislativo) e ao Poder Judiciário é algo que de forma incontestável está presente no estudo da Instituição no âmbito do direito comparado.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1983, p. 877), em sua obra *La naturaleza y los principios rectores*, é quem melhor define essa idéia, quando assinala: “en esta evolución se observa un hilo conductor o tendencia a convertir cada vez más la institución de un mero instrumento procesal en un órgano custodio de la legalidad y a independizarlo de los distintos poderes del Estado para otorgarle identidad propia”<sup>7</sup>.

A configuração constitucional do Ministério Público como órgão do Estado integrado ao Poder Judiciário esteve presente em algumas constituições européias como a italiana e a espanhola, que em suas edições atuais sustentam o encaminhamento do Ministério Público para uma natureza jurídico-política independente inclusive do órgão judicial.

No caso espanhol,

as teorias judicialistas extraem do novo modelo constitucional contido no artigo 124 da CE uma dupla conseqüência: em primeiro lugar, a supressão das fórmulas contidas na regulamentação anterior e que configuravam o Ministério Público como órgão dependente do Poder Executivo tem que interpretar-se como decisiva à hora de se considerar extinta dita vinculação. Em segundo lugar, o Ministério Público, reconduzido agora a seu âmbito natural do Poder Judiciário, há de gozar das garantias do juiz e, em particular, da proteção que outorga a garantia de independência<sup>8</sup>.

Para maioria dos autores espanhóis, o Ministério Público aparece integrado no Poder Judiciário como Magistratura não decisória – se se quer autônoma – desvinculada do Poder Político e submetido aos

<sup>7</sup> Traz este autor à sua argumentação uma citação de PETROCELLI (1952, p. 513), que assinala que, “quando uma Instituição, ao menos em suas grandes linhas, se desenvolve historicamente de modo constante, em uma determinada direção e ante um complexo de manifestações cada vez mais uniformes, isto significa que há de existir um princípio lógico que regula tal caminhada”. O princípio lógico seria para o autor italiano (p. 520) a necessidade de garantir, no moderno Estado de Direito, a configuração do Ministério Público como um órgão representante do Estado e da lei, desvinculado do Poder Executivo e dotado de garantias precisas de liberdade e independência.

<sup>8</sup> A posição do Ministério Público como órgão do Estado e não do Poder Executivo se fundamenta, em primeiro lugar, na própria sistemática constitucional, bem expressiva a juízo de APARICIO (1983, p. 639), já que a inclusão no Título VI e “a exclusão absoluta do Ministério Público do Título do Executivo tem, sob um ponto de vista negativo, o valor de um critério constitucional inequívoco e, em explicação interpretativa, é uma pauta de primeira magnitude para despejar dúvidas das questões controvertidas. Sua inclusão no Título do Poder Judiciário, desde um ponto de vista positivo (...) é muito mais que uma simples referência ao marco normativo”.

princípios da legalidade e imparcialidade<sup>9</sup>.

Dentro dessa posição, uns setores separam a função de administrar justiça entre uma magistratura postulante (Ministério Público) e uma magistratura decisória (Juízes e Tribunais)<sup>10</sup>.

Observa-se que desde várias posturas e com diferentes razões se tem defendido o caráter estatal e judiciário do Ministério Público. Para os que defendem a “judicialização” do Ministério Público, a instituição é definida como uma magistratura de objetivo diferente à composta pelos juízes. Justifica-se, dessa maneira, a confusão de funções atribuídas ao Ministério Público e os órgãos jurisdicionais:

determinadas missões, sem dúvida por sua transcendental importância na sociedade democrática que se pretende construir, se atribuem ao mesmo tempo a dois órgãos separados, um com função promotora, outro com função decisória. Deve-se falar, em conseqüência, da co-existência dentro do Poder Judiciário de duas Magistraturas igualmente insubstituíveis para a realização da Justiça, organicamente autônomas e funcionalmente coordenadas (JIMÉNEZ VILLAREJO, 1982, p. 83).

Os Tribunais constituiriam uma Magistratura decisória, que contaria como princípio definitório com o da independência, e o Promotor, uma magistratura postulante, que viria informada pelos princípios de unidade e dependência hierárquica, ainda que “ambas professem como comum e mais alto valor o da legalidade” (JIMÉNEZ VILLAREJO, 1982, p. 83).

Sem dúvida, a similitude de origem, formação, regime retributivo, ascensão e incompatibilidades dos membros da carreira ministerial com os da judicial e também o submetimento aos princípios de legalidade e

9 Nessa linha doutrinária se situam também FLORES PRADA (1999, p. 316), CONDE-PUMPIDO FERREIRA (1983, p. 119), MORENILLA RODRÍGUEZ (1981, p. 98) e ORTIZ ÚRCULO (1992, p. 14). Segundo APARICIO (p. 645), com o artigo 2 do Estatuto, o legislador não faz outra coisa que precisar o que já estava implícito na Constituição, “dando, al verbo integrar, sin duda alguna, el cabal alcance que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española como ‘completar un todo con las partes que le faltaban”.

10 Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1981, p. 586), “hay una corriente universal a considerar a los fiscales como un ‘alter ego’ de los Jueces. Bentham distinguió ya entre una Magistratura silenciosa y una Magistratura que habla, los franceses entre el ‘Magistrat debout’ y el ‘siège’ y los italianos hablan de ‘Magistrati del Pubblico Ministero’. La integración de ambas magistraturas en una sola carrera es usual en muchos países y lo fue entre los españoles hasta 1926 [...] en tales condiciones no puede sorprender que la Constitución identifique en el artículo 17 el ‘status’ funcional de Jueces y Fiscales [...] ni que autores como Martín-Granizo o De Miguel defiendan con calor lo que llaman el ‘carácter magistral’ de los fiscales y consideren al Ministerio Público como una Magistratura de amparo”.

imparcialidade são dados que apontam para a integração do Ministério Público no Poder Judiciário.

Para IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO (1967, p. 149),

é preciso que o promotor, individual ou coletivamente considerado, ou seja, cada promotor em particular ou ao menos o Ministério Público como um todo unitário, não dependa nunca da Administração; que tem outros fins e outros meios bem diferentes. É necessário que se considere o promotor, a todo custo, como uma figura integrada sempre eminente e exclusivamente no todo judicial, que seja, na órbita de suas funções, um magistrado independente como os juízes e que sua missão nunca possa ser outra que a estrita defesa da lei.

Por fim, na inacabada polêmica acerca de qual é a verdadeira posição que o Ministério Público há de ocupar na engrenagem institucional do Estado, na controvérsia dogmática em torno ao fato de se o Ministério Público forma ou não parte do Poder Judiciário, VERCHER NOGUERA (1987), integrante do *Parquet* Espanhol, inclina-se pela primeira das alternativas, pondo em relevância o fato de que nos sistemas anglo-saxões, nos quais a situação do Ministério Público extramuros do Poder Judiciário não havia sido discutida, detecta-se uma clara evolução para posições que podem facilitar uma posterior judicialização do sistema acusatório. O que resulta paradójico, à vista da evolução do acusador público em um sistema tão estranho ao nosso, que ainda se sustente com fórmulas mais ou menos evanescentes, a exclusão do Ministério Público do âmbito do Poder Judiciário e, o que é mais grave, que se discuta a conveniência de tal judicialidade<sup>11</sup>.

#### 4 O Ministério Público como órgão do Poder Executivo

No momento de abordar a posição do Ministério Público no âmbito da estrutura constitucional do Estado – ponto essencial para a concepção global da instituição –, a maior parte da doutrina coincide ao

11 Apud José María MORENILLA RODRÍGUEZ (1987, p. 4), no Suplemento do Boletín de Información del Ministerio de Justicia, tradução ao castelhano da *Prosecutions of offences act 1985* evolução do sistema acusatório da Inglaterra, desde a lei de 1879, passando pelas Reformas de 1904 e 1979, até culminar com a *Act 1985*, tende a consolidar a estruturação de um Ministério Público mais próximo aos modelos continentais e, portanto, mais afastado de concepções policiais.

tomar como ponto de referência as opções que são expostas na clássica trilogia em que se decompõem os poderes do Estado<sup>12</sup>.

Uma grande parte dos autores rechaçam concepções jurídico-políticas do Ministério Público à margem da trípole que compõe basicamente a estrutura do poder.

No entanto, há muitos investigadores que não reconhecem abertamente na instituição o caráter dependente do Poder Executivo.

Surgem, assim, teorias que começam a apresentar a idéia de que um Ministério Público não se constrói da integração na estrutura de um poder senão que abre nele espaços intermediários, cuja definição tem muito a ver com conceitos mais sutis como são a relação, a colaboração, a órbita ou o entorno do Poder.

Essa nova linha doutrinal encontra respaldo em uma realidade mais global, e em países como Itália, Brasil, Portugal e Espanha, cujas Constituições começam a perfilhar com maior claridade a posição jurídico-política do Ministério Público e principalmente suas leis orgânicas que colocam a autonomia da instituição frente ao Poder Executivo, poder em que comumente se posiciona a instituição ministerial.

A concepção governamental do Ministério Público e, em palavras de MORENO CATENA<sup>13</sup>, a colocação do Ministério Público no entorno do Poder Executivo, inclusive sua dependência, é algo para ser analisado no âmbito do moderno Estado constitucional, em que os governos legitimamente constituídos afrontam determinadas responsabilidades que as próprias Constituições lhe atribuem em matéria de execuções das leis e de política criminal.

Para tanto é importante examinarmos a história em que, desde suas origens, o Ministério Público sempre foi uma instituição vinculada ou dependente do Executivo<sup>14</sup>.

Os exemplos são muitos: recordemos o caso espanhol com a LOPJ de 15 de setembro de 1870 em seu artigo 763: "O Ministério Público terá a representação do Governo em suas relações com o Poder

12 Apud MORENO CATENA; CORTÉZ DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA (1997, p. 192-193): "Não se pode conceber de modo algum o Ministério Público como um órgão independente e alheio aos distintos poderes do Estado, que represente por si mesmo um poder, uma espécie de quarto poder desvinculado dos demais, entre outras razões porque o MP não detém com exclusividade nenhuma potestade, já que a postulação processual se atribui a todas as partes processuais, sejam públicas ou se trate de particulares".

13 Expressão que utiliza MORENO CATENA (1997, p. 227), *Introducción al Derecho*.

14 Apud a Parte I desta Tese.

Judiciário”, ou o Real Decreto de 21 de junho de 1926, pelo qual se regulamenta o Estatuto do *Ministério Fiscal*, que em seu artigo 1º estabelece que corresponde ao *Ministério Fiscal* “representar o Governo em suas relações com o Poder Judiciário”. No caso brasileiro, podemos destacar a Constituição de 1969, em que o Ministério Público integrava uma seção do capítulo *Do Poder Executivo*; ou o caso da França, onde o *Parquet* tem ao próprio Ministro da Justiça por cabeça e os membros do Ministério Público são verdadeiros “agentes do Poder Executivo”<sup>15</sup>. E por fim o caso alemão, que considera o Ministério Público um órgão de administração e tutela da justiça *sui generis* (*Organ der Rechtspflege sui generis*), que forma parte do Poder Executivo (FEVER, 1986, p. 29; GUARNIERI, 1992, p. 56; ROXIN, 1993, p. 48; KLEINKNECHT; MEYER, 1993, p. 1708 et seq.).

É evidente que a trajetória histórica das instituições não costuma ser caprichosa e desde logo o Ministério Público não é uma exceção; a defesa pública da legalidade há sido sempre entendida como uma função vinculada às tarefas executivas do poder e sua relação com o mesmo tem sido de subordinação (FLORES PRADA, 1999, p. 288).

Portanto, é certo que existe um fundamento histórico em que se apóia a relação Governo (Poder Executivo) – Ministério Público; no entanto, coisa distinta é se a dita vinculação deva importar hoje conduzir as manifestações dos membros da instituição: em termos atuais, o moderno direito constitucional tem colocado o Ministério Público ante um novo contexto jurídico-político caracterizado pela diversificação e complexidade das funções de governo e, sobretudo, pela necessidade de dotar ditas funções dos imprescindíveis mecanismos de garantia que assegurem a interdição da arbitrariedade de todos os poderes públicos e sua submissão à legalidade<sup>16</sup>.

Assim, assinala FLORES PRADA (1999, p. 289),

pode começar a introduzir-se uma matização na influência histórica que resulta de indubitável interesse; poderia distinguir-se entre a essência da instituição, que viria determinada por uma natural vinculação ao Poder Executivo, da tradução concreta de dita vinculação, historicamente

<sup>15</sup> A expressão é de Gilbert MANGUIN (1992, p. 1134-1135).

<sup>16</sup> Inclusive porque é incontestável que, observando a história, a relação de dependência ou subordinação do Ministério Público com o Poder Executivo corresponde sempre a períodos políticos de tendência autoritária (v.g. a Itália de Mussolini, o Brasil de Getúlio Vargas, a Espanha de Franco e a Alemanha de Hitler).

entendida em termos de dependência e atualmente construída sobre uma certa autonomia.

Cabe acrescentar que hoje em dia a autonomia já é plena e em alguns casos chega até a própria independência. De fato, a nova conjuntura jurídico-política tem aprendido dos excessos cometidos pelos regimes ditatoriais (casos italiano, alemão, espanhol, brasileiro e português), sem esquecer a essência histórica do Ministério Público, mas ao mesmo tempo sem deixar de replantarem-se alternativas à posição jurídico-política de uma instituição chave no sistema de garantias de um Estado Democrático de Direito.

Existe, efetivamente, no plano orgânico uma vinculação entre o Governo (o Poder Executivo) e o Ministério Público que aparece com toda nitidez no caso da designação do Chefe da Instituição: é o caso do Procurador-Geral na Espanha (artigo 124.4 CE e o artigo 29 do *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*), do Procurador-Geral da República em Portugal (artigo 133, 'm', da Constituição da República Portuguesa) e do Procurador-Geral da República do Brasil (art. 128 da Constituição Federal e art. 25 da LC 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União). É esse um dos aspectos mais freqüentemente aduzidos pelos defensores da vinculação do Ministério Público ao Executivo<sup>17</sup>.

A propósito das relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo, são sempre atuais as palavras de Francisco Carrara, o qual, após revelar que a figura do Ministério Público tem-se purificado gradualmente, distanciando-se de qualquer representação dos interesses da Coroa e dos interesses fiscais, assumindo cada vez mais uma posição de imparcialidade, fazendo-se não um representante do governo, mas um órgão da Magistratura, acrescenta: "aquele que tornaria a afirmar que o Ministério Público é um órgão do Poder Executivo o conduziria, sem perceber a suas antigas condições". Podemos acrescentar que a subordinação do Ministério Público a tal dependência ou ainda a semelhante influência em relação ao Poder Executivo acarretaria fatalmente um prejuízo à objetividade e imparcialidade da instituição

17 Apud MORENO CATENA; CORTÉZ DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA (1997, p. 227) : "a previsão constitucional sobre a nomeação do Procurador-Geral do Estado, o cume da organização do Ministério Público, que se rege pelo princípio de dependência hierárquica, deve ser determinante, e a Constituição dispõe que o Fiscal General del Estado será nomeado pelo Rei, por proposta do Governo, ouvido o CGPJ (art. 124.4 CE). O papel que desempenha o Governo resulta, pois, decisivo, na medida em que tem em seu marco a designação de quem dirige o Ministério Público e ostenta sua Chefia superior e sua representação em todo o território espanhol (art. 22, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Em razão do exposto, parece abonado considerar que o Ministério Público está mais próximo ao Poder Executivo que ao Judiciário".

e suporia para o poder jurisdicional um sério perigo de divórcio da realidade dos fatos que devem estar sob seu exame. Por outro lado, reestabelecida hipoteticamente a dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, haveria que perguntar-se se a juventude atual, que vê a magistratura como uma nobre missão, estaria disposta a reduzi-la a essa função ambígua e humilhante (PETROCELLI, 1968).

## 5 O Ministério Público como órgão vinculado ao Parlamento

A intenção dos distintos poderes do Estado de instrumentalizar a seu favor a instituição, em sua luta hegemônica pelo predomínio dentro do equilíbrio inestável desses poderes, tem produzido uma variedade de sistemas que afetam a introdução do Ministério Público na estrutura do Estado e a fonte de que emana seu poder. Entre esses sistemas, existe uma terceira posição doutrinal que propõe um Ministério Público vinculado ao Parlamento enquanto Poder do Estado que representa a soberania popular e do qual precisamente emana a legalidade que o *Parquet* haverá de defender.

Esse sistema considera o Ministério Público como órgão representante da vontade popular, ou bem de forma indireta, fazendo-o depender das Câmaras legislativas eleitas pelos cidadãos, único poder perante o qual o Ministério Público deve responder por ser órgão representativo da soberania popular<sup>18</sup>.

Esse sistema foi desenvolvido especificamente nos regimes comunistas do Leste Europeu (depois estendido a Cuba), com uma concepção do promotor como defensor da legalidade que emana da Câmara que o nomeia, mas uma legalidade de tendência concreta: a legalidade socialista.

Esse é o caso da antiga U.R.S.S., em que o Procurador-Geral era nomeado pelo *Soviet* Supremo e suas faculdades de inspeção sobre a legalidade e o fundamento das sentenças, resoluções, decisões e disposições ditadas pelos órgãos judiciais e sobre a execução das sentenças eram absolutas. A exacerbação de sua função controladora da legalidade chega a tais termos que o artigo 20 das "Bases do Procedimento Penal" de 1958 dispunha:

<sup>18</sup> Sobre o tema, vide ZAPPA (1974, p. 77-78).

A alta inspeção sobre o cumprimento exato das leis da U.R.S.S., das repúblicas federadas e autônomas, no procedimento judicial é exercida pelo Procurador-Geral da U.R.S.S., tanto diretamente como por meio dos procuradores que lhe estão subordinados. O procurador está obrigado em qualquer estado do procedimento judicial penal a adotar oportunamente as medidas previstas pela lei para eliminar qualquer violação da lei, independente de onde venha. No procedimento judicial penal o promotor exerce seus plenos poderes com independência de quaisquer órgãos e funcionários, subordinando-se apenas à lei e guiando-se pelas indicações do Procurador-Geral da U.R.S.S. As disposições do Procurador ditadas em conformidade à lei, são de cumprimento obrigado para todas as instituições, empresas, organizações, assim como para todos os funcionários e cidadãos<sup>19</sup>.

Resulta evidente que a *Prokuratura* soviética possuía amplos poderes sobre a legalidade e sobre o fundamento político das decisões ditadas pelos órgãos judiciais para assegurar a legalidade socialista.

Em outros países, como, por exemplo, a antiga República Democrática Alemã, existia a análoga missão de velar pela legalidade socialista por meio da nomeação do Procurador-Geral pela “Câmara do Povo” (cf. PIETRO CASTRO, 1997; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, 1974, p. 115). Na Jugoslávia, o Procurador-Geral é nomeado pela Assembléia Geral e considerado como um órgão do Estado; a Constituição de 1974 enfatiza sua vinculação ao sistema socioeconômico e político, como reconhece o Procurador Federal Vuko GOZZE GUCETIC (1981), de modo que entre seus deveres está o de “proteger o desenvolvimento sóciopolítico e a construção da comunidade socialista da Jugoslávia e seu sistema sóciopolítico, a irmandade e unidade das nações iugoslavas e outros valores sociais básicos”. Em Cuba, cópia do modelo soviético, a Constituição de 1976 faz órgão de defesa da legalidade socialista, nomeado pela Assembléia Nacional do Poder Popular, como

órgão do Estado ao que corresponde, como objetivos fundamentais, o controle e a preservação da legalidade, sobre a base da vigilância do estrito cumprimento da Constituição, das leis e demais disposições legais, pelos

<sup>19</sup> Conferir mais amplamente PRIETO CASTRO (1997, p. 39 et seq.).

organismos do Estado, as entidades econômicas e sociais e pelos cidadãos; e a promoção e o exercício da ação penal pública em representação do Estado.

Em conclusão, não se pode falar de independência do *parquet* ou dos juízes nestes países, já que em sua organização política rege o princípio da concentração de poderes, quando, de fato, as Assembléias e Câmaras populares estão a serviço do poder único, um executivo prepotente e dominador do sistema.

No entanto, não cabe dúvida de que, no terreno dos princípios, uma concepção do Ministério Público independente do legislativo e tendo como missão defender a legalidade que emana das Câmaras frente aos intentos de tergiversação ou descumprimento da mesma pelos outros poderes constitui uma tese atraente e válida que contribuiria, ademais, para manter a pureza do sistema democrático de separação de poderes.

O modelo de *parquet* parlamentaríaco tem sido sempre uma das opções discutidas quando da definição jurídico-política do Ministério Público, por exemplo, nos trabalhos parlamentários da Constituição italiana de 1948<sup>20</sup>, da espanhola de 1978<sup>21</sup> e da brasileira de 1988<sup>22</sup>. Também costuma ser prevista no âmbito constitucional a colaboração entre as duas instituições (Poder Legislativo e Ministério Público) mormente no seio das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>23</sup>.

Faz-se necessário assinalar que existe na atual descrição constitucional do Ministério Público em alguns países, como, por exemplo, no Brasil, um preceito que reforça essa vinculação do Ministério Público com o Parlamento – órgão constitucional do qual

20 Sobre os trabalhos parlamentários da constituinte italiana e, em particular, sobre a figura do "Procurador-Geral, Comissário para a Justiça", cf. DOMINIONI (1978, p. 60 et seq.); Neppi MODONA (19\_\_?, p. 52 et seq.).

21 Em um estudo contemporâneo sobre os trabalhos da elaboração da Constituição espanhola de 1978, COBO DEL ROSAL (1977, p. 30, 33-34) apostava por um Ministério Público vinculado ao Parlamento, como uma possibilidade de abandono do estéril caminho entre um *Parquet* governamentalizado e um *Parquet* judicializado. Ambas posições deixam, a juízo do autor, indefeso à lei, o que leva a propugnar uma dependência do Ministério Público ao legislativo, examinando sob o aspecto do perigo do jogo político parlamentaríaco, advogar por uma submissão do Ministério Público não tanto ao parlamento como Instituição senão só à sua vontade objetivada, isto é, à Lei.

22 Já nos primeiros trabalhos parlamentários da constituinte brasileira, ficou clara a necessidade de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito no seio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para exame de fatos cujas conclusões poderiam ser enviadas ao Ministério Público para que promovesse as ações de responsabilidade criminal ou civil resultantes das infrações comprovadas.

23 O caso brasileiro segundo o parágrafo 3º do art. 58 da Constituição: "§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores".

emana a legalidade – no sentido de que a nomeação e a destituição do Procurador-Geral da República sejam atos realizados somente depois da aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal<sup>24</sup>.

Essa solução já adotada no Brasil desde 1988 encontra apoio em parte da doutrina espanhola<sup>25</sup>. Segundo MARCHENA GOMEZ (1992, p. 197), suporia

adicionar um segundo nível de exigência que buscasse assegurar, mais que a capacitação técnica do designável, sua aptidão para o rigoroso cumprimento dos fins constitucionais atribuídos ao *Parquet* [...], e a necessidade de rodear da mais absoluta legitimidade a ordem emanada da cabeça reitora da instituição.

Isso certamente serviria como um primeiro freio no controle governamental da Instituição.

## 6 O Ministério Público como órgão constitucional do Estado essencial para a administração da justiça

À vista das considerações mencionadas anteriormente, cabe agora ocupar-se da definição do Ministério Público como órgão do Estado, situado no marco constitucional e essencial na administração da Justiça.

Uma Constituição que obtém seu conceito, sua essência e seu conteúdo da realidade do próprio Estado e que tem, segundo SMEND,

24 Artigo 128, parágrafos 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

25 Apud Gutiérrez CARBONELL (1994, p. 30): "o candidato proposto pelo Governo ao Rei deverá contar previamente com a aprovação das Cortes Gerais (quórum reforçado dos 3/5 de ambas as Câmaras), inclusive em lista triplíce elevada pelo Governo ao Congresso, ouvido previamente o Conselho Geral do Poder Judiciário". MARCHENA GÓMEZ (1992): "a atual descrição constitucional do Ministério Público não constitui um obstáculo para que, através de futuras normas estatutárias, se reforce esta vinculação com o órgão constitucional do qual emana a legalidade. Um primeiro passo na linha que se defende, o constituiria a exigência de que a proposta que o Governo – ouvido o Conselho Geral do Poder Judicial – há de fazer ao Rei para a nomeação do Procurador-Geral (art. 124 CE) tomando como base um candidato nominado, a sua vez, por uma maioria reforçada – três quintos – do órgão legislativo". Contra estas propostas, FLORES PRADA (1999, p. 330-331): "A nosso entender, existem duas objeções fundamentais com que se enfrentam as teorias que estamos analisando. De uma parte, a intervenção do Parlamento na nomeação do Procurador-Geral do Estado, estabelecida por via legislativa, olvida a natureza constituicional de tal nomeação, configurando básica e essencialmente como uma nomeação de confiança do Governo, e, portanto, de caráter discricional. Estabelecer, neste sentido, qualquer gênero de limitação, inclusive a já introduzida pelo Estatuto Orgânico em seu artigo 29.1, pode configurar sérias dúvidas de constitucionalidade. Em segundo lugar, o defeito mais grave que incorre a tese de um *Parquet* de natureza ou vinculação parlamentarária é a inutilização da Instituição como instrumento de cooperação em determinadas linhas da política interior, especialmente em matéria de política criminal; o Parlamento é órgão de produção legislativa e também cumpre funções de controle da função do Governo, mas é um órgão no qual nem sua composição nem sua natureza permitem garantir a operatividade do Ministério Público". TORRES BOURSALT (1993, p. 32 et seq.), sem deixar de reconhecer os atrativos da teoria, aponta, entre outras, duas razões em que apoiar a inconveniência do mencionado modelo: a primeira seria uma clara contradição entre um *Parquet* vinculado ao Parlamento e o vigente desenho constituicional espanhol; a segunda, que as Câmaras, por sua natural configuração, representam poderes difusos propensos ao consenso e ao acordo, o que não parece âmbito adequado para integrar um órgão essencialmente Executivo, cuja missão é o exercício da ação pública e a defesa da legalidade.

SCHINDLER e KÄGI, “um caráter dinâmico em relação à ordem jurídica fundamental do Estado, realizando uma importante função integradora principalmente quando se associa a momentos transcendentais e solenes da vida política dos povos”, há de ser entendida como a convenção do sistema de valores e normas que inspira um determinado sistema político e uma determinada concepção do Estado<sup>26</sup>.

O próprio exame das Constituições de diversos países revela a dificuldade que os legisladores constituintes encontram para concretizar os perfis institucionais do Ministério Público e as funções de seus membros<sup>27</sup>.

Tampouco é coincidente o comportamento dos legisladores constituintes ao decidir que o Ministério Público representa um ponto de equilíbrio entre os três poderes, na medida em que a notável ampliação das funções de defesa da legalidade e do próprio Estado Democrático de Direito que correspondem ao Ministério Público deve ser vinculada com a constitucionalização dos chamados valores superiores do ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

Sendo o Ministério Público um órgão do Estado de caráter constitucional, cujos princípios e funções refletem primeiro o sistema político do qual é expressão e segundo uma singularidade determinante à hora de concretizar sua posição jurídico-política como órgão promotor dos valores superiores do ordenamento, é evidente que a instituição se encontra em uma posição de equilíbrio dentro do referido sistema político, nem estritamente dependente dos poderes do Estado nem desconectada deles.

26 Pablo LUCAS VERDÚ (1986, p. 619, 644) faz um profundo estudo, já clássico, sobre a Constituição e a dinâmica constitucional, destacando a importante conexão entre a normatividade constitucional e a estrutura social, que sempre tem existido ainda que haja variado sua intensidade; e acrescenta: “a Constituição – no terreno econômico-social – formula metas, propósitos, reconhece direitos cuja realização incumbe à planificação, mas esta há de atuar conforme o sentido, a intencionalidade, insitas nas normas constitucionais, isto é, conforme ao marco do Estado de Direito”.

27 São exemplos: a Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 124, e a dificuldade do posicionamento da Instituição no âmbito do Executivo ou no Poder Judiciário; a Constituição portuguesa, que mantém o Ministério Público como defensor da legalidade e órgão representante do Estado, ou inclusive as brasileiras, que até a Carta Magna de 1969 vinculavam o Parquet ora ao Poder Executivo, ora ao Poder Judiciário.

28 FLORES PRADA (1999, p. 345) identifica uma ampliação de funções que aponta a campos extraprocessuais nos quais progressivamente a Instituição está chamada a atuar; um fenômeno advertido já na doutrina italiana por DE MATTIA (1973, p. 11-12). Uma ampliação de funções que constitui um dos dados mais relevantes e novos que incorpora a nova regulação constitucional do Ministério Público espanhol, conferir, por todos, PÉREZ GORDO (1983, p. 2350).

Para Fernando da Costa TOURINHO FILHO (1997, p. 340 et seq.): “A atividade do Ministério Público não se circunscreve, apenas, ao campo repressivo. No Processo Civil, multifárias são suas funções. Atua como parte... como verdadeiro intérprete do interesse social...”. Para Hugo Nigro MAZZILLI (1998, p. 71): “é o Ministério Público guardião de um ordenamento jurídico cujos fundamentos repousem na vontade do povo, legitimamente manifestada através de seus representantes”. Vide também Sérgio Gilberto PORTO (1998, p. 12)

Esse equilíbrio institucional e constitucional de que desfruta o Ministério Público no marco do chamado Estado complexo faz com que a instituição seja considerada como órgão de relevância constitucional que não se encontra integrado em nenhum dos três clássicos poderes senão que mantém com eles, em nível inferior, relações instrumentadas que possibilitam os pesos e contrapesos – *checks and balances* – necessários para o funcionamento harmônico do sistema<sup>29</sup>.

A disputa doutrinal entre aqueles que ainda entendem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo em que o Promotor podia conceber-se como funcionário constantemente atento às ordens do Governo, executor da política criminal deste, estabelecida por meio do Procurador-Geral, e os que o consideram submetido à direta vontade do povo por meio de eleições ou inclusive como auxiliar do Poder Legislativo, ainda que larga, creio que resulta já obsoleta ou anacrônica.

Contemplar o Ministério Público como órgão do Estado é a posição que atualmente encontra respaldo na melhor doutrina, ainda considerando a ambigüidade do desenvolvimento da instituição em algumas Constituições<sup>30</sup>.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ao examinar as distintas naturezas e construções constitucionais do Ministério Público<sup>31</sup>, aponta que

as mais recentes regulamentações do Ministério Público fixam um novo marco de sua concepção, estabelecendo-o como um órgão do Estado, independente, situado à margem dos três poderes tradicionais e tendo como missão manter a legalidade e a ordem jurídica constitucional, defender os direitos dos cidadãos e os interesses públicos coletivos e assegurar a paz social perseguindo os delitos que perturbem.

Cita como exemplos a Constituição italiana que,

com maior ou menor acerto (art. 73) rompeu com a

29 A esse respeito cf. GÖSSEL (1996, p. 615). Como fora advertido por CRISAFULLI (1939, p. 74 et seq.) a teoria do indirizzo político põe sobre o tapete um dos mais graves perigos do sistema constitucional e que não é outro senão a necessária vinculação, colaboração e coordenação entre os órgãos constitucionais (substancialmente autônomos) quando da acomodação de sua atuação à orientação política comum. A obrigação substancial de acomodar-se à orientação política é elevada pelo autor citado à categoria de princípio geral do Direito: um princípio operativo na esfera das relações institucionais (CANOSA USERA, 1990, p. 135).

30 Vejam-se os casos espanhol, brasileiro ou português. GIL-ALBERT VELARDE, depois de negar que o Ministério Público espanhol forme parte do Poder Judiciário pelo só motivo de sua inclusão no Título VI, reconhece-o como órgão do Estado independente do Governo, se bem, matiza, isto "não é incompatível com o cumprimento de uma atividade de cooperação sempre que esteja ordenada para a proteção de interesses públicos essenciais".

31 O excelente trabalho de CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1983, p. 843-890), que foi publicado com este título: La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo estatuto organico.

vinculação ao executivo concebendo-o como um órgão judicial, nem sobreposto nem submetido ao juiz, vinculado à lei; a Constituição Portuguesa (art. 224 e 226) que foi além declarando que o Ministério Público é representante do Estado, isto é, do conjunto dos poderes e não de um deles isolado e que tem encomendada a defesa da legalidade democrática; colocando membros que a integram dependentes tão-só do Procurador da República e com a necessária garantia de inamovibilidade para que possam manter a independência de sua atuação.

Inobstante, para CONDE-PUMPIDO FERREIRO,

mejor que ninguna otra, refleja esta postura de un Ministerio Público, como órgano del Estado, con entidad propia e independiente, el proyecto de ley brasileño<sup>32</sup>, estableciendo las normas generales que deben ser adoptadas en la organización de los Ministerios Públicos estatales. En su artículo 1 ° declara que: 'El Ministerio Público, institución permanente y esencial para la función jurisdiccional del Estado, es responsable ante la nación, de la defensa del orden jurídico y de los intereses inalienables de la sociedad, de la fiel observancia de la Constitución y de las leyes'. Dispone también que son 'principios institucionales' del Ministerio Público el de unidad, el de indivisibilidad y el autonomía funcional (artículo 2 °) y que goza de autonomía administrativa y dotación presupuestaria propia (artículo 4 °), con lo que queda asegurada su independencia. La consideración de órgano responsable tan solo ante la nación señala aquel carácter de órgano autónomo de la estructura política del Estado y su condición de institución esencial para la función jurisdiccional lo incardina en el ámbito del Poder Judicial, aunque claramente diferenciado de la potestad jurisdiccional que corresponde a los jueces e independiente de éstos, como lo es de los otros poderes.

O argumento para qualificar o Ministério Público como órgão do Estado não provém da mera inserção de suas linhas mestras em uma Constituição, pois existem entidades cujo relevo constitucional é unicamente formal; não passam de figuras administrativas ou até de direito privado.

32 O projeto a que faz referência o Teniente Fiscal do Tribunal Superior Cândido CONDE-PUMPIDO FERREIRO é o concebido pela Lei Complementar nº 40 de 14 de dezembro de 1981, a Lei Orgânica do Ministério Público brasileiro; teve vigência até a Constituição brasileira de 1988. Hoje vigem a Lei Complementar nº 75, de 21 de maio de 1993, e a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que são as normas legais hoje vigentes.

A apreciação de que o Ministério Público é órgão do Estado resulta da construção científica, elaborada pela melhor doutrina de direito público, segundo a qual há no Estado órgãos essenciais e órgãos accidentais. Aqueles encarnam o mínimo de capacidade política de que um organismo necessita revestir-se para ser reconhecido como Estado. Sem esses órgãos mínimos, não há organismo, não há Estado.

Órgão da soberania do Estado e não órgão do Governo, o Ministério Público nos impõe como depositário de prerrogativas dessa mesma soberania, inerentes ao exercício de suas atribuições primeiras.

A nítida compreensão da natureza do Ministério Público, na qualidade de órgão do Estado e não só de seu representante, supõe o conhecimento do que, em rigorosa técnica jurídica, se chama convencionalmente organicidade e representação.

Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação tendo em conta que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais atua em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, os seus próprios, mas formalmente são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste. Ao contrário, na relação de organicidade não se apresentam dois sujeitos, senão a identificação do órgão com a pessoa jurídica, de modo que esta atua imediatamente por si mesma; em essência é a mesma pessoa jurídica decidindo e atuando mediante seus órgãos, os quais não se distinguem dela, posto que são partes integrantes da mesma; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgãos e pessoa jurídica, porque aquele que atua é como se fora a própria pessoa jurídica.

Essas considerações são sintetizadas por JELLINEK (apud SABATINI, 1943), como é de seu hábito, em sua conhecida expressão: "Por trás do representante há outra pessoa, por trás do órgão, nenhuma".

Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, confunde-se com ele, assim como outros órgãos estatais, pois "vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes", nas palavras de Giuseppe SABATINI (1943), às quais acrescenta César SALGADO (19—?, p. 63-64) que "a potestade da que é titular o Estado se concretiza e se especifica nas funções atribuídas aos órgãos".

A noção de três poderes independentes e harmônicos, ainda que reforçada pela teoria dos pesos e contrapesos, jamais poderia ser

entendida sem ter em conta a instituição do Ministério Público, pois este não é só essencial e necessário na administração de justiça, senão que também ajuda a viabilização da República, o inter-relacionamento dos poderes e o funcionamento do Estado democrático.

O Poder Legislativo, como representante formal do povo, elabora as leis, mas perde o controle de sua execução e aplicação futuras. Necessita, pois, um órgão forte que as faça valer.

O Poder Judiciário interpreta e aplica as leis, mas, por sua própria natureza, só atua quando assim o solicitam as partes interessadas. O problema é que existem interesses tão gerais e difusos que não podem ser atribuídos a um indivíduo ou grupo de indivíduos, posto que indisponíveis. Daí a necessidade de que participe na magistratura judicial, que é inerte por natureza, uma magistratura ativa – magistratura “de pé”, como dizia CALAMANDREI – que faça valer tais interesses utilizando todas as ações e recursos postos a sua disposição pelo ordenamento jurídico.

Também o Poder Executivo necessita um controle externo efetivo. Portador de instituições de força, timbradas pela relação hierárquica e, em algumas esferas, fortemente influenciadas pela política partidária, esse poder poderia converter-se em uma monstrosidade onipotente se não contasse com a fiscalização de um órgão não subordinado a sua hierarquia.

O esboço dessas funções, que pressupõem uma relação de lateralidade e inclusive de enfrentamento com os poderes formais do Estado, leva-nos à concepção de uma Instituição que possua independência, autonomia funcional e administrativa e que tenha as mesmas garantias e prerrogativas conferidas ao Poder Judicial. Tal concepção induz alguns estudiosos a ver no Ministério Público o quarto poder do Estado<sup>33</sup>.

Tal juízo está equivocado. A natureza das funções do Ministério Público situa-o ao lado dos poderes do Estado e entre eles. Fruto da separação de poderes, o *parquet* é a correia de comunicação entre os poderes, promovendo e possibilitando o funcionamento harmônico das engrenagens do poder como um todo.

O Ministério Público como órgão do Estado é uma teoria formulada

<sup>33</sup> As observações são de Alfredo VALLADÃO (1973).

historicamente no contexto da crise do modelo napoleônico da Instituição e, de forma mais ampla, com a crise do modelo de Estado de cunho neoliberal<sup>34</sup>. Efetivamente, dentro das teorias que incidem nas transformações da moderna ordem jurídico-política, começa a adquirir corpo a tese da singularidade do Ministério Público como órgão com perfis próprios dentro do esquema institucional do Estado e a situação de seu estudo no marco do direito público estatal<sup>35</sup>. A principal contribuição dessa teoria, cuja paternidade há que atribuir à doutrina italiana de princípios do século passado, radica em que a instituição encontra assim um marco de autonomia dentro da estrutura jurídica do aparato estatal<sup>36</sup>.

Certamente, a consideração do Ministério Público como órgão do Estado proporciona à instituição no plano jurídico-público uma perspectiva mais ampla da puramente processual, na qual tradicional ou historicamente havia estado enquadrado seu estudo; por isso

a intervenção do Ministério Público nos distintos processos, assim como a longa polêmica sobre sua condição de parte formal ou material, desde sua posição de imparcialidade, deverá ser estudada, entendida e enfocada desde sua posição jurídico-política no marco do Estado e desde a perspectiva do direito constitucional<sup>37</sup>.

Não podemos compartilhar a idéia de que as instituições (leia-se Ministério Público) encarregadas direta ou indiretamente da aplicação e manutenção da lei devam estar enquadradas nas funções executivas sob a dependência, direção ou vigilância do Governo. De fato, já não nos encontramos frente a uma rígida separação de poderes, as transformações estruturais do Estado contemporâneo têm configurado o chamado “Estado complexo”, em que os três clássicos poderes são insuficientes para cumprir com as exigências do Estado Democrático.

34 Conferir sobre as teses revisionistas do modelo francês SABATINI (1943, p. 56 et seq.), com menções a Romano Di Falco Alisi o Massari.

35 Conferir SABATINI (1943, p. 59 et seq.), que sustenta que o ponto de partida está representado pela constatação de que o Ministério Público é órgão do Estado e estruturalmente órgão administrativo. O Ministério Público, afirma o autor, nasce constitucionalmente e se organiza administrativamente, daí que sua origem deva relacionar-se com o direito constitucional e sua organização com o direito administrativo.

36 Para SABATINI (1943, p. 119), o ordenamento jurídico estabelece aos órgãos estatais funções autônomas de titularidade do poder mesmo. Os próprios órgãos se convertem em titulares de poderes, consistentes no poder-dever de exercer as funções atribuídas independentemente da vontade do Estado que é e permanece como titular da correspondente potestade. A única condição, aponta o autor, que o ordenamento jurídico impõe à atividade dos órgãos é que este atue em função do interesse final do Estado, isto é, que a função concretamente desenvolvida pelo órgão deve tender à satisfação de um interesse geral do Estado.

37 FLORES PRADA (1999, p. 337) faz esses acertados comentários, com apoio em NANNUCCI (1989, p. 417, 424).

O Ministério Público adota, entretanto, uma posição institucional de singularidade própria enquanto órgão do Estado e de mais difícil definição, que exige acudir a parâmetros novos da doutrina italiana, espanhola e brasileira, entre outras.

Assim, pode-se concluir que o Ministério Público não deve ser dependente do Poder Executivo ou de qualquer dos outros dois Poderes; só deve ter relação e colaboração institucional com todos eles, pois se configura como um instrumento essencial para o cumprimento dos fins do próprio Estado, já que o conjunto de suas funções é *conditio sine qua non* para a manutenção e garantia do próprio Estado Democrático de Direito.

Em realidade, o Ministério Público é órgão do Estado porque está investido de uma parcela da soberania estatal e forma parte de sua organização. Por isso, a estrutura e o funcionamento do Ministério Público refletem, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia do Estado do qual é integrante.

### Referências

- APARICIO CALVO-RUBIO, J. El Ministerio Fiscal en la constitución. In: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. **El Poder Judicial**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. 1, p. 623-651. (Colección Estudios Jurídicos).
- CABRAL NETTO, J. **O Ministério Público na Europa latina**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1974.
- CANOSA USERA, R. La actividad de orientación política: su relevancia constitucional. **Revista de Estudios Políticos**, [S. l.], n. 67, p. 125-152, ene./mar. 1990.
- CARBONELL, G. El Fiscal Parlamentario. **Revista de la Unión Progresista de Fiscales**, [S. l.], n. 5, dic. 1994.
- COBO DEL ROSA, M. Principio de legalidad y Ministerio Fiscal. **Cuadernos de política criminal**, [S. l.], n. 2, 1977.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. **El Ministerio Fiscal**. Pamplona: Aranzadi, 1999. (Colección Divulgación Jurídica).
- \_\_\_\_\_. El Ministerio Fiscal en la Constitución. **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, [S. l.], n. 6, jun. 1981.
- \_\_\_\_\_. La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en

la constitución y el nuevo estatuto organico. In: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. **El Poder Judicial Fiscales**, 1983. v. 1, p. 843-890. (Colección Estudios Jurídicos).

CRISAFULLI. Per una teoria giuridica dell'indirizzo político. In: **Studii Urbinati**, [S. l.: s. n.], 1939. p. 74.

DE MATTIA, A. Ipotesi di lavoro per la riforma del Pubblico Ministero. In: **La Riforma del Pubblico Ministero**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 41-61.

DI FEDERICO. Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del Pubblico Ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità. **Giustizia Penale**, [S. l.], v. 3, 1991.

DOMINIONI. Per un collegamento fra ministro della giustizia e Pubblico Ministero. In: **Pubblico Ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma**. Bologna: Zanichelli, 1978.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. El Ministerio Fiscal en España: notas para una futura constitución de dicha figura y estudio de su posición en el derecho procesal español. **Documentación Jurídica**, Madrid, n. 10/11, 1974.

FERRAZ, A. A. M. de. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. **Justitia**, São Paulo, v. 50, n. 144, p. 48-54, out./dez. 1988.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Ministério Público: instituição e processo**. São Paulo: Atlas/ Instituto de Estudos Direito e Cidadania, 1997.

FEZER, G. **Strafprozessrecht**. Munich: Verlag C. H. Beck, 1986.

FLORES PRADA, I. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant lo Blanch y Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

GARCÍA-PELAYO, M. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1995.

GIL-ALBERT VELARDE, J. M. El Ministerio Fiscal en la Constitución. In: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. **El Poder Judicial**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. 1, p. 105-124. (Colección Estudios Jurídicos).

GÖSSEL, K. Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho. **Cuadernos de Política Criminal**, [S. l.], n. 60, p. 611-632, 1996.

GOZZE GUCETIC. **Public prosecutors in Yugoslavia**. [S.l.: s.n.], ago. 1981. Comunicación a la Conferencia celebrada en São Paulo sobre The world peace through law center.

GUARNIERE, C. **Magistratura e política in Italia senza contrapesi**.

Bologna: Il Mulino, 1991.

\_\_\_\_\_. **Pubblico Ministero e sistema político**. [S. l.]: Cedam, 1984.

IBAÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M. Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, abr./jun., 1967.

JANNACCONE. Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale. In: IL PUBBLICO MINISTERO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: rassegna dei magistrati, **Congresso Nazionale, Unione Magistrati italiane**, 5., anno 17, 1977, [S. l.: s. n.], giul./set. 1977. n. 7/9.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J. El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial: notas para el planteamiento de unas relaciones. **Poder Judicialn**. 3, jun. 1982.

KLEINKNECHT; MEYER. **Strafprozessordnung Kommentar**. 41. ed. Munich: C. H. Beck'sche Vverlagsbuchhandlung, 1993.

LUCAS VERDÚ, P. **Curso de Derecho político**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1986. v. 2.

LYRA, R. **Teoria e prática da promotoria pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989.

MAIA NETO, C. F. As funções do Ministério Público no Estado democrático de direito. **Cadernos da Associação Americana de Juristas**, [S. l.], n. 1, p. 33-36, 1990.

MANGUIN, G. Titre VII. De l'autorité judiciaire. In: LUCHAIRE, F. G. y L. (Coord.). **La Constitution de la République Française**. París: Economica, 1992. Conac.

MARCHENA GOMEZ, M. **El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro**. Madrid: Marcial Pons, 1992.

MARREY, L. A. G.; LIMA, P. F. T. de; PAULA, P. A. G. de. Ministério Público e a tutela das liberdades públicas. **Justitia**, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 317-324, set., 1985.

MAZZILI, H. N. Independência do Ministério Público. In: **Ministério Público: instituto de estudos direito e cidadania**. São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Ministério Público e a defesa do regime democrático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 751, p. 71, 1998.

MELLO, C. A. B. de. Sobre a magistratura e o Ministério Público no Estado de direito. **Revista de Direito Público**, [S. l.], v. 16, n. 68, p. 142-

154, out./ dez., 1983.

MODONA, N. Art. 112. Il Pubblico Ministero há l'obbligo di esercitare l'azione penale. **Comentario alla Costituzione**. [S.l.: s. n.], [19—?]. t. IV.

MORENILLA RODRIGUEZ, J. M. El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español. **Mentación Jurídica**, Madrid, n. 29/32, ene./ dic., 1981.

\_\_\_\_\_. Prosecutions of offences act 1985. **De Información del ministerio de Justicia**. p.4, 1987.

MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. **Introducción al derecho procesal**. Madrid: Colex, 1997.

NANNUCCI. Il Pubblico Ministero: problemi antichi, difficoltà nuove. **La Giustizia Penale**. [S.l.], 1989.

ORTIZ ÚRCULO, J. C. Ministerio Fiscal, sociedad, y poderes públicos. In: **Ponencias y Conclusiones a Congreso Ordinario de la Asociación de Fiscales**, 8, 1992, Sevilla: [s. n.], 11-13 dic., 1992.

PÉREZ GORDO, A. Naturaleza y funciones del Ministério Fiscal en la Constitución y en su estatuto orgánico de 1981. In: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. **El Poder Judicial**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. 3, p. 2343-2383. (Colección Estudios Jurídicos).

PETROCELLI, B. O Ministério Público: órgão de justiça. **Justitia**, São Paulo, ano 30, v. 61, 2. trim. de 1968.

\_\_\_\_\_. Il Pubblico Ministero e l'unità dell'istruttoria penale. **Saggi di diritto penale**, Padova, 1952.

PORTO, S. G. **Sobre o Ministério Público no processo não criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

PRIETO CASTRO, L. El Ministerio Fiscal en Europa. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, [S. l.], n. 1, 1997.

RODRIGUES, J. G. Abordagem sobre a estrutura e o posicionamento do Ministério Público no Estado democrático de direito adotado na Constituição de 1988. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 348, p. 125-158, out./dez. 1999.

ROXIN, C. **Strafverfahrensrecht**. 23. Aufl. Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993.

SABATINI, G. **Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale**. Napole: [s. n.], 1943.

- SALGADO, C. **Ministério Público**. [S. l. : s. n.], v. 11, [19\_\_?].
- TORRES BOURSAULT, L. El Fiscal Parlamentario. **Revista de la Unión Progresista de Fiscalesdic**. [S. l.], 1993.
- TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- VALLADÃO, A. **O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1973.
- VARGAS CABRERA, B. Naturaleza del Ministerio Fiscal y conveniencia de postular su organización a la luz del principio de autogobierno. In: PONENCIAS Y COMUNICACIONES DEL CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE FISCALES, 2., 1983. [S. l.]. **Anais...** [S. l.]: Caja de Ahorros Provincial de Málaga, 1983.
- VERCHER NOGUERA, A. ¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés? **La Ley**, [S. l.], año 8, n. 1.684, abr. 1987.
- VIEIRA, O. V. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. **Direito, Cidadania e Justiça**, São Paulo, p. 189-195, 1995.
- ZAPPA, G. IlPubblico Ministero: appunti di storia e di diritto comparato. In: **La Riforma del Pubblico Ministero**. Milano: [s. n.], 1974.

