

O MINISTÉRIO PÚBLICO

POSIÇÃO CONSTITUCIONAL – CONCEITO

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR

Promotor Público no Rio Grande do Sul

Revista dos Tribunais • RT 436/294 • fev./1972

SUMÁRIO: § 1.º. Funções do Estado – § 2.º. Função do Ministério Público – § 3.º. Órgãos do Estado – § 4.º. Ministério Público como órgão constitucional autônomo – § 5.º. Elementos conceituais.

§ 1.º. Funções do Estado*

1. A divisão do poder dentro do Estado tem sido estabelecida constitucionalmente através de duas técnicas: a separação dos poderes e a federação.¹ Pela primeira, é feita a tripartição das funções estatais, que são exercidas, não com exclusividade, mas com predominância, por três órgãos também distintos, independentes e harmônicos, denominados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.² Pela segunda, distribui-se o poder de acordo com um critério geográfico, entre entes de natureza política, em três esferas diversas: União, Estados e Municípios.³

* Trabalho apresentado no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em dezembro de 1971.

1. Garcia Pelayo, "Derecho Constitucional Comparado", Madri, 7.ª ed., pag. 217.

2. Constituição Federal, art. 6.º.

3. Constituição Federal, art. 1.º.

2. A nós interessa o exame da primeira dessas soluções, apenas para demonstrar que seus enunciados carecem de valor axiomático, pois foi antes uma solução política do que científica, sendo portanto perfeitamente viável o estudo da redefinição dessa técnica, de acordo com elementos circunstanciais e doutrinários prevalentes, ao qual nos propomos tendo em vista a instituição do Ministério Público.

3. É sabido que a separação dos poderes, já mencionada por Aristóteles,⁴ mas que se impôs a partir dos trabalhos de Bolingbroke, Locke e Montesquieu, especialmente deste,⁵ serviu de instrumento racional para a implantação do liberalismo. A organização do Estado democrático, a partir do século XVIII, foi feita com base nessa tricotomia, de forma tal que todas as atividades estatais deveriam estar subordinadas ao esquema e vinculadas a um dos três poderes. Nenhum daqueles teóricos referiu-se expressamente ao Judiciário como “Poder”, mas a tripartição se institucionalizou através da organização estatal dos Estados Unidos, onde se observou com nitidez e precisão a doutrina da separação e harmonia dos poderes,⁶ que inspirou o ordenamento brasileiro, ainda mantido com algumas nuances.

Logo depois, porém, na doutrina e na legislação estabeleceu-se profunda dissensão sobre quais seriam as funções do Estado, o número de órgãos, a competência e o relacionamento entre eles.

4. Função é uma atividade específica, complementar de outras atividades também específicas cujo exercício coordenado é indispensável à produção de certo resultado.⁷ Como se infere do próprio enunciado, há diversificação entre as funções que o Estado assumiu e vai exercer através de órgãos, o que permite sua classificação.

O critério tradicional indica a tripartição: legislativa, executiva e judiciária, que é o adotado correntemente por nossos autores, seguindo as trilhas de Jellinek e Duguit.⁸ Modernamente, mesmo onde esse sistema goza de aceitação, costumam os doutrinadores discriminar, nas funções executivas, o “governo” e a “administração”: “La funzione esecutiva

4. Aristóteles, “La, Política”, Libro V, Cap. XI, § 1.º, págs. 273 e 274.

5. Montesquieu, “De L’Esprit des Lois”, Liv. XI, cap. 3/5.

6. Vicente Ráo, “As Delegações Legislativas”, Limonad, 1966, págs. 27 e 28.

7. Marcello Caetano, “Manual de Ciência Política e Direito Constitucional”, Coimbra, 5.ª ed., pág. 137.

8. Jellinek, “Théorie Juridique de l’État”, pág. 132 e segs. Duguit, “Traité du Droit Constitutionnel”, 2ª ed.II, pág. 132.

dev'essere, inoltre, distinta: a) in una funzione amministrativa (con cui lo Stato, ora per ora, dirige ed anima gl'innumerevoli piccoli meccanismi della propria organizzazione) e b) in una funzione politica o di governo... con cui gli organi statali realizzano le misure . di più vitale rilievo per l'attività interna ed estera dello Stato stesso..."⁹

Outros vão além, e querem para a função de governo uma quarta e distinta posição: "Vor allem aber bleibt die "Leitung des Staates", die Regierung im eigentlichen Sinne des Wortes vergessen. Sie ist keineswegs nur Executive .."¹⁰

Marcello Caetano, distinguido entre funções jurídicas e não jurídicas do Estado, entende que as funções jurídicas são apenas duas: legislativa e executiva, sendo a última a "atividade dos órgãos do Estado que têm por objeto direto e imediato promover e assegurar o cumprimento das leis e aplicar sanções aos infratores delas".¹¹ Esta também tem sido a posição adotada por inúmeros doutrinadores alemães que consideram a jurisdição como parte da administração estatal geral.¹²

Já o teórico do Direito Puro ensina que as três funções do Estado são meros momentos sucessivos de um único e contínuo processo. "Toda a função do Estado é uma função de criação jurídica: o processo evolutivo e graduado da criação normativa. O que a teoria tradicional sinala como três poderes ou funções distintas do Estado não é mais do que a forma jurídico-positiva de certos apoios relativos do processo de criação jurídica particularmente importantes sob o ponto-de-vista político."¹³ Na sua obra "Teoria Pura do Direito", diz Kelsen: "Se num caso se fala em "Justiça" e no outro em "administração", a diferença consiste unicamente na situação do juiz, explicável por motivos históricos... Se a "administração e a justiça são funções diferentes, a única diferença consiste em a primeira ser um caso de administração direta."¹⁴

Vimos, assim, que as funções do Estado, classicamente diferenciadas bem três, podem ser quatro, já foram reduzidas a duas, e Kelsen as devolveu à unidade.

9. Biscaretti di Rufia, "Diritto Costituzionale", 7.^a ed. 1965, Nápoles, pág. 166.

10. Dahm, "Deutsches Recht", Stuttgart. 2.^a ed. 1963, pág. 303.

11. Marcello Caetano, op. cit., pág. 152.

12. Rosenberg, "Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrecht" 5.^a ed. Munich-Berlin, 1951, págs. 32-33.

13. Kelsen, "Teoria Geral do Estado", 7.^a, § 36.

14. Kelsen, "Teoria Pura do Direito", Porto, ed. 1939, págs. 69 e 70.

De todos, porém, foi Burdeau quem melhor expressou teoricamente a natureza da atividade jurídica desenvolvida pelo Estado: há duas funções a primária (função governamental), compreendendo as funções de governo e legislativa, que consiste na elaboração de regras e realização de atos que têm por objeto introduzir uma questão, pela primeira vez, no domínio do direito, e que dispõe para isso de um poder inicial não subordinado a prescrição positiva anterior, tirante a norma constitucional; a secundária (função de administração), abrangendo administração e jurisdição, que consiste na execução de regra anterior, cujos efeitos são comandados por regulamentação preestabelecida.¹⁵

Sob o aspecto formal, a tese do mestre de Dijon entra em choque com a estrutura legalmente implantada no Brasil, mas é, materialmente, a mais correta e por isso é aqui adotada. Apenas um adendo – ao invés de função de administração diremos “função executiva”, para poder diferenciar nela a “administração” da “jurisdição”.

§ 2.º. Função do Ministério Público

1. Cabe dizer, então, que o Ministério Público, dentro da “Função Executiva”, desenvolve atividade de administração.

Não tem função governamental porque nada inova no quadro jurídico, mas antes está vinculado estreitamente à lei, com margem mínima de discricionariedade (às vezes nenhuma, como no oferecimento da denúncia), cabendo-lhe apenas, nas hipóteses previstas, executá-la ou velar por sua execução; tanto é assim que costuma ser chamado de “órgão da lei.”¹⁶

No exercício de função secundária, exerce atividade administrativa, qual seja, a de provocar a manifestação do Poder Judiciário para a execução de leis que dependam da prévia intervenção da garantia jurisdicional, onde assim o exigir o interesse público.¹⁷ Essa é a função cerne do Ministério Público, específica, que é distinta das demais exercidas por outros órgãos de administração.

Essa função administrativa é exercida através de atos processuais, com principalidade, e de atos extraprocessuais, com acessoriedade, como veremos adiante.

15. Burdeau, “Traité de Science Politique”, Paris, 1952, vol. IV, págs. 314 e segs. 337 e segs.

16. “Órgão da lei e fiscal de sua execução” é expressão retumbante e vazia, que não resiste à análise.

17. Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, Saraiva, 1965, vol. 11/88; Manzini, “Trattato di Diritto Processuale Penale”, vol. 2.º/257.

A função do Ministério Público não pode ser confundida com as funções jurisdicional e judiciária, exercidas por tribunais e juízes. A jurisdicional se caracteriza por dar a um conflito com relevância jurídica uma solução suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada. “Se um ato adquire autoridade de coisa julgada é jurisdicional. Não há jurisdição sem autoridade de coisa julgada.”¹⁸ A judiciária tem caráter eminentemente orgânico e subjetivo, como excelentemente expôs Frederico Marques.¹⁹ Na atividade dos juízes é que não se há de inserir, portanto, a do Ministério Público, porque sempre lhe faltará o exercício da função jurisdicional, motivo impeditivo de sua integração no órgão e, logo, do possível desempenho de função judiciária.²⁰

2. A pesquisa exige que seja feito agora rápido resumo das múltiplas atribuições do Ministério Público, que classificamos em dois grandes grupos: atividades processuais, e atividades extraprocessuais (“A” e “B”).

A) No contencioso constitucional. A Constituição de 1934, ao permitir a intervenção da União nos negócios peculiares aos Estados, por desrespeito aos princípios constitucionais, trouxe a inovação de só permitir a efetivação da medida após a declaração da constitucionalidade da lei que a decretou, pela Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República (art. 12, § 2.º). A Carta de 1946 manteve a idéia, mas alterou a mecânica: o Procurador-Geral, ao invés de submeter ao STF a lei federal que decretou a intervenção, levaria à apreciação do Tribunal o ato estadual impugnado e, declarada sua inconstitucionalidade, seria após decretada a intervenção, por lei federal (art. 8.º, parágrafo único). As leis ordinárias regularam o processo da argüição de inconstitucionalidade.²¹ Até aí cuidava-se apenas do controle sobre atos estaduais para o fim específico da intervenção. Foi a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, que, modificando a alínea “k” do n. 1 do art. 101, abriu caminho novo e permitiu ao Procurador-Geral, além dos casos de intervenção, levar ao exame do STF lei ou ato de natureza normativa tanto estadual como federal, sem outro fim que não fosse a só declaração da inconstitucionalidade. Foi mais longe ainda a Emenda quando previu a existência de lei ordinária (não elaborada) para regular a declaração de

18. Couture, “Fundamentos dei Derecho Procesal Civil”, 3.ª ed. Depalma, pág. 36 e segs.

19. Frederico Marques, “Elementos de Direito Processual Penal”, 1961, Forense, vol. II/ 43.

20. Em contrário: Sabatini, “II Pubblico Ministero nel Diritto Processuale Penale”, vol. 1/50.

21. Leis ns. 2.271, de 1954, e 4.337, de 1964.

inconstitucionalidade de lei ou ato de município, cuja competência seria originária do Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1967, com a Emenda de 1969, manteve a representação para o fim de intervenção (art. 11, § 1.º, “c”), e para a declaração de inconstitucionalidade em tese (art. 119, n. I, “L” da Constituição Federal; arts. 174 e 182 do Regimento Interno do STF, de 18.6.1970), nada referindo quanto à competência originária do Tribunal de Justiça. Por ter a lei silenciado sobre assunto de que antes tratara, parece incabível cogitar-se de ação para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal.

O chefe do Ministério Público Federal é o titular da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade, agindo em nome próprio, mas representando “toda a coletividade, empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos manifestamente inconstitucionais e capazes de por em risco a estrutura do Estado”.²² o Procurador-Geral é o único legitimado para agir,²³ e tanto pode representar por iniciativa própria como por provocação de terceiro; porém, não é obrigado a agir se não estiver convencido da inconstitucionalidade do ato.²⁴ O disposto no § 1.º do art. 174 do Regimento do STF, que admite o encaminhamento da representação com parecer contrário, significa apenas a possibilidade que tem o Procurador-Geral de encaminhar, querendo, a súplica cuja fundamentação entende improcedente.

No processo penal. Exercendo a titulariedade da ação penal pública, assume o Ministério Público a posição de parte em sentido formal.

Já vai longe o debate entre os que sustentam essa tese e os que nele veem também a parte em sentido material. Carnelutti, distinguindo parte em sentido material, substancial, formal e instrumental, atribui ao Ministério Público o caráter de parte em sentido instrumental, “a que age no processo”.²⁵ Mas é a argumentação de Manzini que parece definitiva: “La pretensión. punitiva del Estado que el Ministerio Público hace valer ante el juez, no está vinculada a un derecho subjetivo, sino al poder-deber de actuar objetivamente la voluntad soberana de la ley”.²⁶

22. Buzaid, “da Ação Direta”, Saraiva, 1958, pág. 107.

23. Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967”, vol. IV/41; Agrícola Barbi, “Ação Declaratória”, Sugestões, 3.ª ed., pág. 180.

24. Buzaid, op. cit., pág. 110.

25. Carnelutti, “Leciones sobre el Proceso Penal”, Bosch, Buenos Aires, 1950, vol. 1/227-228.

26. Manzini, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Buenos Aires, 1949, vol. II/4-5 e 312 e segs.

Para Sauer o Ministério Público é apenas parte formal, e reforça verificando a existência de um fato que também ocorre no Brasil, que bem mostra a diferença de posição entre as partes no processo penal: o agente do Ministério Público senta-se à mesa do Juiz, e o acusado defronte.²⁷ E isso porque o “Parteiprozess” existe onde há igualdade entre as partes e relação de igualdade na luta, como ocorre no processo civil, e não se compreende no processo penal. “Das Verhältnis von Staatsanwalt und Angeklagten ist ein ‘ganz anderes als das Verhältnis, das zwischen den Parteien im ‘Bürgerlichen Rechtsstreit oder auch im Privatklageverfahren’.”²⁸

No Brasil, defendem essa posição Espínola Filho²⁹ e o eminente César Salgado.³⁰

Quanto à atividade propriamente dita, Frederico. Marques a resume em dois pontos: promover a execução da lei e fiscalizar essa execução.³¹ Tornaghi estabelece a tripartição: atividades investigativa, executiva e persecutiva, esta exercida através da promoção da ação penal pública, da ação civil em caso de questão prejudicial, requerendo providência cautelar e aditando a queixa; e como parte adjunta, na ação penal privada.³²

No processo civil exerce o Ministério Público, conforme a síntese de Guilherme Estellita, cinco formas típicas de atividade: a) propõe ações em nome próprio, em razão da função; b) presta assistência judiciária; c) defende os interesses de certas pessoas, capazes ou incapazes, autoras ou não, revéis ou não, exercendo, nesses casos, curadoria à lide; d) zela por um interesse puramente social, posto em jogo no feito; e) intervém para velar pela observância das leis, no resguardo de interesses de ordem pública.³³

B) Atos extraprocessuais. Paralelamente à atividade desenvolvida perante os tribunais desempenha o Ministério Público uma série de atribuições que não lhe são específicas, nem o caracterizam funcionalmente.

A maioria delas tem sua explicação por servirem acessoriamente ao exercício da função precípua, cujo momento inicial pode ser consi-

27. Sauer, “Allgemeine Prozessrechtslehre”, 1951, § 6.º, VI, 6.

28. Dahm, “Deutsches Recht”, Stuttgart. 1963, pág. 539.

29. Espínola Filho, “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. III, pág. 239 e segs.

30. César Salgado, “O Ministério Público no Anteprojeto do Código de Processo Penal”, na “Justitia”, vol. 47/68.

31. Frederico Marques, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. II/50.

32. Tornaghi, “Instituições de Processo Penal”, III/139.

33. Estellita, “O Ministério Público e o Processo Civil”, RF, vol. 168/7.

derado a verificação direta de fatos relevantes. Assim ocorre em todos os casos onde o Ministério Público exerce fiscalização administrativa sobre estabelecimentos públicos ou privados, que recolham ou empreguem menores,³⁴ sobre as fundações,³⁵ sobre as entidades declaradas de utilidade pública,³⁶ etc., porque essa atuação lhe permitirá promover, se for o caso, as medidas judiciais aplicáveis.

Em outra situação, contudo, e ainda em virtude de lei, mas já sem a característica acima apontada, pois só indiretamente lhe dizem respeito, o Ministério Público exerce outras funções administrativas. Assim a participação em órgãos colegiados da administração pública, como os Conselhos Penitenciários e o ofício perante as Juntas Comerciais.³⁷

§ 3.º. Órgãos do Estado

1. Órgãos do Estado são os cargos, colégios ou assembléias aos quais, segundo a ordem constitucional, pertence o poder de manifestar uma vontade imputável ao Estado.³⁸

Correntemente são denominados “Poderes”, mas aqui se preconiza a denominação de “Órgãos”, porque essa é a feição jurídica dos diversos ofícios e diferentes instituições que, manifestando a vontade que pode ser imputada diretamente ao Estado, exercem as funções estatais. Este critério evita, também, a confusão entre “poderes do Estado”, ou “poderes públicos”, de um lado, que são meros integrantes da organização estatal, dependentes dele e sem personalidade jurídica, e “Poder do Estado”, de outro, que é único e soberano.³⁹

34. C. O. J. do RGS, art. 91; Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, art. 41, § 1.º.

35. Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul, art. 95; Lei Orgânica de São Paulo, art. 40.

36. Lei n. 92, de 28.8.1935.

37. No Rio Grande do Sul, a lei n. 1.744, de 1952, previa a representação da Procuradoria-Geral no Conselho Estadual de Energia Elétrica.

38. Marcelo Caetano, op. cit., pág. 160.

39. A partir da denominação “Poderes”, que seriam independentes, chegou-se à afirmação de que eles seriam três pessoas soberanas, fundamento da teoria do “Estado uno em três pessoas” (Bascufian, “Tratado de Derecho Constitucional”, Santiago do Chile, 1963, tomo I, pág. 263). O eminente Cirne Lima contesta àqueles que atribuem a Kant a asseveração de que os três poderes do Estado constituiriam três pessoas jurídicas distintas (“Preparação à Dogmática Jurídica”, 2.ª ed., Sulina, pág. 210). Ultimamente se tem tentado delinear, com a mesma improcedência, uma subjetividade, ou semipersonalidade, ou per-

Quais sejam os órgãos do Estado, é questão igualmente controversa. Além dos três clássicos, Benjamin Constant já distinguiu o Poder Executivo do “pouvoir netre”, cuja força não poderia estar dentro de nenhum dos outros.⁴⁰ O Poder Moderador foi defendido por Pimenta Bueno nos seguintes termos: “Este poder... incontestavelmente existe na nação, pois não é possível nem por momento supor que ela não tenha o direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o serviço... Existe, e é distinto não só do Poder Executivo, como de todos os outros...”⁴¹ Os homens de Weimar o chamaram de “poder conservador da Constituição”, e Bolívar o instituiu no anteprojeto de Constituição da Venezuela como o “Poder Moral”.⁴² Hoje, alguns doutrinadores atribuem a função governamental a um órgão próprio, enquanto outros admitem seu exercício indiscriminado por mais de um.

“Na França, apesar de todas as doutrinas oficiais, os tribunais são considerados de fato, desde Napoleão, como um ramo particular da administração, e o Poder Judiciário é, do ponto-de-vista político, uma parte especial do Poder Executivo”.⁴³ Pontes de Miranda, mesmo admitindo a validade da distinção, entende que: “Não há poder judiciário, “a priori”, nem funções que tenham de pertencer, “a priori”, ao Poder Judiciário... O Poder Judiciário é apenas aquele poder que foi separado dos outros (nem sempre independente) e no qual se concentrou maior quantidade de funções de julgamento, para a aplicação da lei.”⁴⁴

Nas Constituições elaboradas após a 2.^a Grande Guerra a questão foi abordada dos mais diversos modos: “A veces, sin montar el principio declarativo general, se habla en la parte orgánica constitucional de poderes refiriéndose a los tres clásicos... otras veces se emplea sólo la expresión “Poder” refiriéndola a la Asamblea Legislativa o Parlamento; Hay casos en que sólo se elude la expresión al referirse al Poder Judicial, y por último, encontramos Constituciones en las que se elude la utilización del término, bien por otros sustitutivos – función, competencia etc. – bien refiriéndose a los órganos describiendo sus funciones sin atribución calificativa alguna.”⁴⁵

sonalidade puramente interna dos órgãos, notável na relação entre os órgãos (Biscaretti di Rufia, “Diritto Costituzionale”, 7.^a ed. Nápoles, 1965, pág. 147).

40. Constant, “Cours de Politique Constitutionnelle”, pág. 2.

41. Pimenta Bueno, “Direito Público Brasileiro”, ed., 1857, págs. 204 e 205.

42. Linares Quintana, “Tratado”, 1956, vol. 6/62.

43. Duverger, “Os Regimes Políticos”, 1962, pág. 36.

44. Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1946”, vol. 11/445.

45. Ollero, “El Derecho Constitucional de la Post-guerra”, Bosch, Barcelona, 1949, pág. 63.

Segundo Gettel, de acordo com a real organização dos Estados modernos, e não mais de acordo com a teoria das funções de governo, os órgãos seriam: eleitoral, legislativo, executivo, administrativo, judicial, constituinte.⁴⁶

2. Essa diversidade toda na divisão do poder estatal se deve à intervenção de fatores políticos e circunstanciais, e portanto variáveis. Nada impede ao direito positivo de um país considerar as coisas de maneira tal que, de acordo com sua classificação, estabeleça a existência de três, mais ou menos, órgãos,⁴⁷ e um dos problemas mais importantes da atualidade é a redefinição das atribuições dos poderes e dos governantes.⁴⁸

Vamos então em busca de classificação que obedeça a critérios científicos. Biscaretti di Rufia classifica os órgãos do Estado em “constitucionais” e “dependentes”: aqueles se encontrariam no vértice da organização estatal, sem superiores, e por isso substancialmente iguais, e estes compondo a massa dos órgãos subordinados.⁴⁹

Já vimos que as funções são hierarquizadas,⁵⁰ com prevalência da governamental sobre a executiva (ou de administração), em virtude da própria natureza da função, e isso não deixa de colorir politicamente o órgão que vai exercer a função primária; mas, fazendo abstração disso, e ficando apenas nas relações dos órgãos com o Estado e deles entre si, podemos distinguir os que agem com independência daqueles que são subordinados.

A denominação usada pelo mestre acima citado, “órgãos constitucionais”, tem um inconveniente: a Constituição pode versar sobre órgãos que, sendo dependentes, são normalmente órgãos constitucionais porque nela previstos e regulados, sem o serem materialmente. Para evitar a impropriedade, podemos chamá-los de “órgãos constitucionais autônomos”.

O Ministério Público é órgão constitucional autônomo, tanto formal quanto materialmente, porque exerce sua função, indispensável à vitalidade do Estado, de forma independente e insubordinada a outro órgão.

46. Gettell, “Political Science”, pág. 213, “apud” Linares Quintana, “Tratado”, vol. 6/59.

47. Jimenez de Aréchaga, “Teoría del Gobierno”, tomo II, págs. 297-298, “apud” Linares Quintana, op. cit., vol. 6.º/61-62.

48. Duverger, op. cit., pág. 39.

49. Biscaretti di Rufia, op. cit., pág. 153.

50. Burdeau, op. cit., pág. 312.

§ 4.º. Ministério Público como órgão constitucional autônomo

1. O Ministério Público não exerce função jurisdicional nem judiciária, como se viu, e não mantém laço hierárquico com o Poder Judiciário. O elemento espacial, “perante o Judiciário” não desvirtua a natureza de sua atividade administrativa. Não pertencendo ao Poder Judiciário, pois, nem ao Poder Legislativo, como é óbvio, costumam os mais eminentes autores incluí-lo no âmbito do Poder Executivo.⁵¹

Cabe ponderar, porém, que a atuação do Ministério Público, por obrigatoria e decorrer do princípio da legalidade, tem independência frente ao Poder Executivo. Não o representa em juízo (o procuratório da União e de alguns Estados, quando age obediente à determinação do governo, é excrescência que tende a desaparecer), não manifesta a vontade do governante, e não pode sofrer a influência deste, seja para que não promova,⁵² seja para. que promova, pois “les instructions ne peuvent avoir d’autre effet que de repeller les membres du ministère public à la stricte exécution des lois”.⁵³

O Ministério Público não pertence ao Poder Executivo, mas retira diretamente da soberania do Estado o poder de agir e de oficiar. Este é o princípio que a história mesma nos fornece. Na França, o autor da mais atual monografia sobre a instituição já asseverou, em passagem que merece ser transcrita: “Si, dans l’ancien droit, les officiers du ministère public étaient les agents du. pouvoir royal auprès des tribunaux, agissant au nom du Roi et sur sa délégation, c’est parce que le Roi était souverain. Or, depuis la Révolution, l’article 3 de la déclaration des droits de l’homme et du citoyen, jamais démenti depuis, a proclamé solennellement que: “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation.” Les officiers du ministère public sont donc et ne peuvent donc être que les représentants de la nation, et c’est par le fait d’une erreur évidente que la doctrine soutient encore unanimement qu’ils sont les “agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux”. Cette proposition, manifestement inexacte sur le terrain des principes, ne trouve pas davantage d’arguments dans les textes.”⁵⁴

51. Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967”, vol. IV/324; Tito Prates da Fonseca, “Lições”, págs. 143 e 144; Ruy Cirne Lima, “Sistema”, pág. 20.

52. Pontes de Miranda, op. e loc. cit.; Frederico Marques, “Elementos”, vol. II/50.

53. Faustin Hélie, “Traité de. l’instruction criminelle”, 2.^a ed. tomo I, pág. 533.

54. Passât, “Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir”, Paris, 1967, pág. 141. No Brasil, essa tese tem sido defendida, com vigor e brilho, por César Salgado, “Campos Sales – O Precursor da Independência do Ministério Público do Brasil”, 1961, pág. 19.

Os juristas que se apegam ao princípio de que tudo que não é do legislativo ou do Judiciário é do Executivo, são levados a admitir, contudo, que os membros do Ministério Público, como funcionários, estão sob regime “especial”,⁵⁵ que não são funcionários comuns, pois têm uma margem de discricionariedade menor e, quando atuam em nome de seu próprio instituto, gozam de maior independência e menor responsabilidade.⁵⁶ E que integram “um corpo autônomo, ao mesmo lado e diferente da magistratura, ligado mas independente do Poder Executivo.”⁵⁷

Todas estas dificuldades decorrem, “data vênica”, da imprecisão quanto à natureza do órgão. É preciso ficar rente aos fatos e desde logo admitir a autonomia do instituto e sua desvinculação do Executivo, e ver que sua ligação com o Judiciário se resume em ser este o outro órgão perante o qual desenvolve atividade materialmente diversa.

Aliás, esta é a única solução que concorda com nossa vivência ordinária. Excluída a apresentação da União e de alguns Estados, os agentes do Ministério Público agem com independência. “Embora órgão da administração pública, o funcionário do Ministério Público não é instrumento do Executivo, de forma que no domínio da ação pública, que se lhe delega em toda a plenitude, indébita é qualquer intromissão estranha.”⁵⁸ Assim também ocorre no contencioso constitucional, na atividade positiva ou negativa (na expressão de Pontes de Miranda) no Juízo cível, e em todos os casos onde oficia como “custos legis”. Sequer conhecemos “les instructions du Ministre de la Justice”, ou das secretarias estaduais ao “parquet”; o que há são instruções do próprio chefe hierárquico, recomendando só a obediência à lei.

2. Esta visão do Ministério Público exige tratamento diverso do que atualmente lhe dispensa a sistemática constitucional.

Em 1934 figurou no Capítulo VI – “Dos órgãos de Cooperação nas atividades Governamentais”. Em 1967 passou ao Capítulo VIII, “Do Poder Judiciário”, e hoje está no Capítulo VII, “Do Poder Executivo”. O ilustrado

55. Tito Prates da Fonseca, op. cit., pág. 144.

56. Manzini, op. cit., vol. II/357-358.

57. Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1934”, vol. 1/778. Nas edições seguintes, o eminente autor introduziu no texto as seguintes modificações: “Se bem que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça – não é órgão jurisdicional, mas administrativo” (1946); – “Posto que ligado ao ordenamento judiciário, não faz parte da Justiça – não é órgão judiciário, mas administrativo. É um dos ramos heterotópicos do Poder Executivo...” (1967).

58. Frederico Marques, op. cit., vol. 11/49.

ex-Procurador-Geral do Estado de São Paulo, Dr. Ruy Junqueira de Freitas Camargo, sugeriu figurasse em capítulo com o seguinte título: “Do Poder Judiciário e do Ministério Público”.⁵⁹

“Data venia”, nenhuma dessas soluções atende à natureza da instituição.

Não é mero auxiliar das atividades do Governo, como se dele fosse dependente e subordinado, instrumento para a obtenção de fins governamentais, inclusive políticos. Coopera tanto com o Executivo como com o Judiciário, na execução do que foi estabelecido pelo Legislativo, e a denominação de “cooperador das atividades governamentais”, além de ser indébito retorno ao “século XIV, quando “les gens du roi” compareciam aos pretórios para defender ante os juízes os interesses da coroa”,⁶⁰ ainda lhe restringe o conceito.

Como órgão constitucional autônomo, não deve estar regulado nem no capítulo do Poder Executivo nem no Poder Judiciário. A aproximação só deste – “Do Poder Judiciário e do Ministério Público”, realça’ um elemento de seu conceito, o setor junto ao qual atua, e esquece a natureza dessa atuação, que é administrativa. Tem o mérito de lhe estender a feição de independência que tem o Judiciário frente ao Executivo, mas induz a uma irmandade que materialmente inexistente.

Seu posicionamento deve ser aquele expresso na Constituição de 1946, quando as normas sobre o Ministério Público foram postas sob título próprio: “Título III – Do Ministério Público”. O critério adotado pelo constituinte de então não resultou de orientação doutrinária semelhante à que expomos, pois igualmente tratou, em títulos diferentes, da Justiça dos Estados, parte do Poder Judiciário, das Forças Armadas e dos Funcionários Públicos, os dois ramos, Militar e Civil, da administração pública.

A concepção aqui exposta, tem por base a doutrina de Burdeau, quanto às funções, e a de Biscaretti di Rufia, quanto aos órgãos, mantendo em relação a estes a tripartição clássica; são introduzidos como órgãos autônomos o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Este “destoava das linhas rígidas da tripartição”,⁶¹ e sob o aspecto formal se enquadra na esfera do Poder Legislativo, mas materialmente exerce

59. Dr. Ruy Junqueira de Freitas Camargo, “Perspectiva do Ministério Público na Conjuntura Constitucional Brasileira”, dez./70.

60. Dr. Peri Rodrigues Condessa, “A Posição Constitucional do Ministério Público”, artigo no “Correio do Povo”, Porto Alegre.

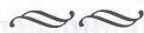
61. Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1967”, vol. III/247.

função judicante e administrativa.⁶² Sendo independente do Executivo, pois exerce fiscalização sobre ele, não sendo órgão do Judiciário, apesar de exercer às vezes função judicial, e não legislando, é propriamente um órgão autônomo, também.⁶³

§ 5.º. Elementos conceituais

Podemos já agora estabelecer os elementos que devem integrar o conceito do Ministério Público:

1. O Ministério Público é órgão constitucional autônomo.
2. Exerce função administrativa específica, através de atos processuais, quando: a) promove a execução de leis que, sendo do interesse público, dependam de prévia apreciação judicial, figurando como parte em sentido formal na ação penal pública; b) promove a defesa da Constituição Federal, contrariada por lei ou ato normativo federal ou estadual; c) defende direitos especialmente protegidos; d) exerce a função de “custos legis” nos casos definidos em lei.
3. Exerce função de administração geral quando fiscaliza diretamente atividade de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, ou quando participa de órgãos administrativos colegiados, na forma da lei.



62. Seabra Fagundes, “O Controle dos Atos Administrativos, 3.ª ed., pág. 160.

63. Castro Nunes, “Teoria e Prática de Poder Judiciário”, pág. 25.

EDIÇÕES ESPECIAIS
REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

DOUTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO
CONSTITUCIONAL

Volume IV

ORGANIZAÇÃO DOS PODERES
DA REPÚBLICA

- PODER LEGISLATIVO
- PODER EXECUTIVO
- PODER JUDICIÁRIO
- MINISTÉRIO PÚBLICO, ADVOCACIA PÚBLICA
E TRIBUNAIS DE CONTAS

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE
LUÍS ROBERTO BARROSO

Organizadores

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público: posição constitucional - conceito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional**: organização dos poderes da República: poder legislativo, poder executivo, poder judiciário, Ministério Público, Advocacia Pública e Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. (Doutrinas essenciais). p. 1203-1216.

Texto também publicado em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ministério Público: posição constitucional. **Boletim do Ministério Público RS**, Porto Alegre, n. 36, p. 22-32, dez. 1971.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público. Posição constitucional: conceito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 61, v. 436, p. 294-301, fev. 1972.