

O Ministério Público e Constituinte¹

Hugo Nigro Mazzilli
Promotor de Justiça – SP

Sumário: 1. Enquadramento constitucional. 2. Princípios institucionais. 3. Hierarquia. 4. Funções institucionais. 5. Garantias e impedimentos. 6. Conclusão.

1. Enquadramento constitucional

Discute-se se as funções do Ministério Público se prendem ao Poder Legislativo (como fiscal da lei), se ao Judiciário (pois atua perante este) ou se ao Executivo (pois sua tarefa é administrativa).

Analisando suas principais funções institucionais (o zelo pela observância da Constituição e das leis, a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, a promoção da ação penal ou da ação civil pública, conforme artigos 1º e 3º da Lei Complementar federal n. 40, de 1981), – veremos que todas estas têm natureza administrativa: a incumbência de acusar, de opinar como *custos legis*, de promover a ação — não são atividade jurisdicional (atuar junto ao Judiciário naturalmente não significa prestar jurisdição) nem legislativa (a tarefa de fiscalizar a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração).

O enquadramento do Ministério Público dentro do Poder Executivo, portanto, explica-se apenas e tão somente pela natureza administrativa de suas funções e nunca por vínculo de subordinação entre ambos, ainda que eventual e aprioristicamente concebida.

Contudo, se a natureza das suas funções é administrativa e se tecnicamente não há despropósito em estar a Instituição colocada dentro do Poder Executivo na Carta em vigor (artigos 94 a 96),² – isso não quer dizer que seja conveniente que tal estado de coisas persista, agora que se aguarda uma nova ordem jurídica constitucional. Sabe-se que a atual divisão tripartite do poder é antes política e pragmática do que científica. Ora,

1. Artigo publicado em 1987, na revista *Justitia* 137:57, do Ministério Público do Estado de S. Paulo, apresentando estudo preparatório para um projeto de Ministério Público na Assembléia Nacional Constituinte.

2. Referência à Carta de 1969.

na verdade pouca ou nenhuma importância teria colocar o Ministério Público dentro de qualquer Poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto Poder (como queria Valladão), a fim de que, só por isso, se pretendesse conferir-lhe independência. Esta não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, mas primordialmente dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à Instituição e a seus membros.

De qualquer forma, porém, a solução que nos parece a melhor, justamente para contribuir de forma pragmática para esse desiderato de autonomia e independência da Instituição, não é erigir o Ministério Público a um suposto “quarto Poder”, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite atribuída a Montesquieu, mas sim inseri-lo em título ou capítulo próprio, ou seja, colocando-o, lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, ou, como já o fizera a Constituição de 1934, entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais” (artigos 95 a 98).

2. Princípios institucionais

Consagrando conceito que já vinha da doutrina, diz a lei que o Ministério Público é uno e indivisível (artigo 2º da Lei Complementar nº 40, de 1981). Por isso se entenda que é um só órgão, com uma só função, sujeito a uma só chefia, podendo seus membros ser substituídos um pelos outros, “não arbitrariamente, porém, mas segundo a forma estabelecida na lei” (Rec. Crim. nº 128.597-TJSP).

Sendo o Brasil uma Federação, é certo que tais princípios se limitam a cada unidade da mesma, à evidência, pois não há unidade nem indivisibilidade entre o Ministério Público de um Estado para outro, nem entre o Ministério Público Federal, o Eleitoral, o Militar e o do Trabalho, ao menos de *lege lata*, à exceção da chefia comum do Eleitoral e do Federal.

3. Hierarquia

Embora a doutrina mais tradicional ainda repita a doutrina francesa, no sentido de que no Ministério Público há unidade, indivisibilidade e hierarquia, peculiaridades há em nosso Direito que devem ser consideradas a propósito desta última.

O artigo 2º da Lei Complementar nº 40, de 1981, diz que são princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional. Ora, a autonomia funcional a que alude esse artigo não é apenas princípio da Instituição, globalmente considerada. Embora princípio institucional, também se destina a constituir garantia a seus órgãos, pois sempre que a lei se refere ao “Ministério Público” é ao seu ofício que se refere. Assim, os princípios que norteiam a Instituição também inspiram o ofício e garantem a atuação de seus órgãos, sem o quê seriam esvaziados. O artigo 16 da mesma Lei confirma esta

conclusão, pois assegura que os órgãos do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e gozam de independência no exercício de suas funções.

Como conciliar a independência funcional dos órgãos com a chefia do *Parquet* exercida pelo Procurador-Geral, como estabelece a Carta em vigor? Certo é que o Procurador-Geral pode designar Promotor “na forma da lei” (artigo 7º, inciso V, da Lei Complementar nº 40, de 1981), mas não pode invadir a convicção dos órgãos da Instituição: como bem apontava Tornaghi, no Brasil “*et la plume et la parole sont libres*”.

O IV Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos do Ministério Público de São Paulo (dez. de 1976) aprovou esta momentosa conclusão: “o poder de designação (ou delegação ou avocação) do Procurador-Geral de Justiça é limitado pela legalidade do ato (garantias do promotor titular de promotoria e estável e ocorrência de hipótese prevista em lei). Contra designação ilegítima cabe resistência e mandado de segurança; a favor de designação legítima cabe remoção compulsória”. (RT 494/269; v. tb. “O Estado de S. Paulo”, 4.1.1977, pág. 34, e 23.1.1977, pág. 49).

Assim, exceção feita aos poderes de designação do Procurador-Geral (hipótese prevista em lei, como solução de conflito de atribuições, artigo 28 do Código de Processo Penal, v.g.), – no mais a hierarquia é administrativa, não funcional.

4. Funções institucionais

Qual o alcance da expressão: “o Ministério Público é uma instituição permanente”? A afirmativa, constante do artigo 1º da Lei Complementar à Constituição Federal, nº 40, de 14 de dezembro de 1981, parte do pressuposto de que o Ministério Público é um dos órgãos pelos quais o Estado manifesta sua soberania; ora, entre as instituições públicas, caracterizadas por um fim a realizar no meio social, o Ministério Público tem a destinação permanente de defender os interesses indisponíveis da sociedade, a ordem jurídica, a Constituição e as leis, inclusive e principalmente perante o Poder Judiciário.

Dentro de sua destinação institucional, alguns fins lhe são típicos, como a promoção da ação civil pública (artigo 3º, III, Lei Complementar nº 40, de 1981; artigo 81 do Código de Processo Civil; artigo 208, parágrafo único, do Código Civil;³ artigo 1.177, III, do Código de Processo Civil, v.g.); a promoção da ação penal pública (artigo 3, II, Lei Complementar nº 40, de 1981; artigo 24 do Código de Processo Penal, v.g.) e a fiscalização do cumprimento da Constituição e das leis (artigos 1º e 3º, I, da Lei Complementar nº 40, de 1981; artigo 257 do Código de Processo Penal, artigo 82 do Código de Processo Civil, v.g.).

Outras atribuições cometidas à Instituição, entretanto, são-lhe atípicas, em confronto com a destinação global do Ministério Público. É o que ocorre na representação judicial dos interesses patrimoniais da União (artigo 95, § 2º, Constituição Fede-

3. Referência ao Código Civil de 1916.

ral; artigo 1.212 do Código de Processo Civil); no patrocínio dos interesses do reclamante trabalhista (artigo 477, § 3º, Consolidação das Leis do Trabalho; artigo 17 da Lei nº 5.584, de 1970); na supletiva assistência judiciária ao necessitado (artigo 22, XIII, da Lei Complementar nº 40, de 1981); na substituição processual do revel ficto (artigo 9º, II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil; artigo 41, II, Lei Complementar estadual n. 304, de 1982).⁴

Entretanto, quer atue em função típica, quer em função atípica, em suas atividades institucionais o Ministério Público sempre age em busca de um interesse público, que ora está ligado a pessoas determinadas (o zelo pelos interesses de incapazes – artigo 82, I, do Código de Processo Civil; do alimentando – artigo 9º da Lei nº 5.478, de 1968; do acidentado do trabalho – artigo 82, III, do Código de Processo Civil; da fundação – artigo 26 do Código Civil;⁵ da massa falida – artigo 210 da Lei de Quebras,⁶ v.g.), ora se relaciona de modo indeterminado com toda a coletividade (como nas ações penais – artigos 24 e 257 do Código do Processo Penal; nas questões de Estado – artigo 82, II, do Código de Processo Civil; no mandado de segurança – artigo 10 da Lei nº 1.533, de 1951;⁷ na ação popular – artigo 6º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 1965, v.g.).

Não se pode negar que a intervenção do Ministério Público pressupõe sempre o zelo de um interesse público. Contudo, quando verificamos o escopo da jurisdição, os princípios norteadores do devido processo legal, a preservação do equilíbrio do contraditório e a defesa da ordem jurídica, somos levados a concluir que em todos os processos sempre há um interesse público subjacente. De forma aparentemente contraditória, porém, ao menos de *lege lata*, não é em todo processo em que o Ministério Público atua.

A razão dessa ausência de intervenção em diversos feitos nos parece clara: na verdade, o principal campo de atuação do Ministério Público ocorre quando o interesse é indisponível (artigo 1º da Lei Complementar nº 40, de 1981). Entretanto, também se exige sua intervenção em favor de pessoas que sofram alguma forma de grave deficiência (acidentado do trabalho, alimentando etc.), bem como em defesa especial de alguma relação jurídica ou de algum instituto, quando o exija o interesse da coletividade.

Às vezes a indisponibilidade por ele zelada é absoluta, dizendo respeito ao bem jurídico em si mesmo (por exemplo, na ação penal pública há o conflito entre o *ius puniendi* e o interesse à liberdade; na ação de nulidade de casamento, o estado da pessoa é matéria de ordem pública); ora a indisponibilidade é relativa, dizendo respeito a um bem de que não pode dispor apenas determinada pessoa (por exemplo: um imóvel, que em si mesmo não é senão um bem patrimonial disponível, se pertencer a um incapaz, não pode-

4. A LC estadual n. 304/82 foi sucedida pela LC estadual n. 734/93.

5. Referência ao Código Civil de 1916.

6. Referência ao antigo Dec.-Lei n. 7.661/45.

7. Referência à antiga Lei do Mandado de Segurança.

rá ser objeto de atos de disponibilidade nem deste, nem de seu representante legal, consoante artigos 385/386, do Código Civil).⁸

Nas hipóteses de indisponibilidade absoluta, o Ministério Público intervém para zelar por um interesse público impessoal. Aqui, sua legitimidade faz pressupor o interesse para agir em defesa de qualquer das partes, desde que sempre em busca de sua destinação institucional (p. ex.: na ação de nulidade de casamento, o órgão interveniente, agindo com liberdade, apenas limitado pela sua consciência, pode apelar em busca da procedência ou da improcedência do pedido, com que favorecerá eventualmente um ou outro dos partícipes da relação processual; contudo, não terá interesse em recorrer, p. ex., contra a fixação do montante dos honorários advocatícios carreados a título de sucumbência a uma das partes maiores e capazes, pois, diversamente da questão de mérito subjacente, que é o estado das pessoas, a matéria da verba honorária se inclui dentro do campo de disponibilidade dos interessados).

Também nas situações de indisponibilidade relativa, a atuação do órgão ministerial está limitada pela finalidade última da intervenção. Assim, quando haja interesses de incapazes, ainda que se admita que possa opinar com liberdade (RT 464/272 – STF; Ap. nº 125.317 – Santos – 2º TACivSP), não poderá argüir exceções ou apelar contra eles, pois aqui estaria tomando a iniciativa do impulso processual de defesa dos interesses da parte contrária, que é maior e capaz, em cujo favor não está institucionalmente destinado o Ministério Público a agir.

Podemos afirmar, portanto, que as funções institucionais do Ministério Público devem ser iluminadas pelo zelo de um interesse indisponível.

Não atua o Ministério Público, entretanto, apenas perante os juízes e tribunais.

Fora dos processos, tem a função de atender o público, em tarefa que lhe serve não só para orientar suas funções investigatórias e persecutórias, como também para prestar assistência jurídica e judiciária aos necessitados, podendo mesmo aprovar acordos extrajudiciais, celebrados na sua presença.

Na esfera criminal, promove a ação penal pública. Pode requerer a condenação ou opinar pela absolvição ou até impetrar um *habeas corpus* em favor do réu. Fiscaliza as prisões, zelando pela execução das penas e pelos direitos dos presos.

Nos processos civis, como órgão interveniente, oficia nos feitos em que há acidente do trabalho, incapacidade, questões falimentares, matéria de família, ações populares, mandados de segurança etc. Como órgão agente, propõe ação civil pública na defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, além de inúmeras outras ações.

8. Referência ao Código Civil de 1916.

5. *Garantias e impedimentos*

Para bem desincumbir-se de tais funções, para que efetivamente gozem seus membros de autonomia e de liberdade, devem ter não só garantias como impedimentos e proibições compatíveis com seus misteres. Destinando-se os órgãos do Ministério Público à defesa dos interesses da coletividade, tais garantias poderão assegurar sua independência mesmo quando sua atuação desagrade o governo ou as autoridades; já as proibições e impedimentos se dirigem a atividades também vedadas aos magistrados (por exemplo: prática da advocacia ou do comércio etc.).

6. *Conclusão*

Nesta época em que se desenvolvem estudos preparatórios da nova ordem jurídica constitucional no país, é oportuno submeter a debate o enquadramento constitucional, as funções, os princípios e as garantias do Ministério Público, buscando fortalecer esta Instituição toda ela voltada primordialmente à defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, pois somente a um Estado plenamente democrático convirá um Ministério Público realmente forte e independente, capaz de defender os interesses da sociedade e não os do governo ou dos governantes.