

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO MODERNO

Sérgio Gilberto Porto()*

1. ANTECEDENTES NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SOCIEDADE HODIERNA

O que é o Ministério Público?

Por mais curioso que pareça, ainda hoje, a resposta a esta indagação atormenta alguns juristas, mormente quando se deparam com a formatação constitucional do Ministério Público brasileiro que, contrariamente a determinados momentos históricos no próprio Brasil e a concepção de outras nações, não se encontra substancial, formal ou geograficamente vinculado a qualquer Poder do Estado politicamente organizado¹.

Diante deste quadro, também cumpre indagar, antes de oferecer resposta ao questionamento anterior, porque o Ministério Público não se encontra vinculado a qualquer dos poderes de Estado, em cima dos quais foi concebida a organização política tradicional.

(*) Professor e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, da PUC/RS. Procurador de Justiça.

(1) Sobre o enquadramento do Ministério Público junto a Poderes do Estado v. p. ex., as Constituições brasileiras de 1934, 1946, 1967 e Emenda Constitucional de 1969. Em Portugal, informa José Joaquim Gomes Canotilho, in "Direito Constitucional", Almedina, 1993, 6ª ed., p. 767, integrar o Ministério Público o Poder Judiciário. Idem Comunicações do Segundo Encontro Internacional de Magistrados, publicação do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, in "O Estatuto do Magistrado e as perspectivas futuras do direito", Almedina, Coimbra, 1978. Na Itália, ensina Mario Vellani, igualmente o Ministério Público faz parte do Poder Judiciário, in "Il pubblico ministero nel processo i profilo storico", Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1965, **passim**; especialmente, contudo, §§ 153 e 193. Posição não de todo estranha no Brasil, eis que neste torrão também houve quem entendesse que o Ministério Público deveria integrar o Poder Judiciário, tal como José Dilermano Meireles, ex-Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, in Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, v. 1, Brasília, 1985.

A resposta é única: não se encontra vinculado a qualquer dos poderes, exatamente porque a concepção da organização política do Estado mudou. Não existe mais, em realidade, o Estado descrito por Montesquieu, em seu festejado estudo intitulado “O Espírito das Leis”². Esta concepção – hoje – se encontra absolutamente esclerosada e não mais atende as funções que a sociedade hodierna reclama do Estado Moderno.

Agora, no limiar do Século XXI, a idéia de Estado é diversa daquela do Século XVII e que inspirou os estudos de Montesquieu. Em realidade, às funções clássicas do Estado outras foram acrescentadas e traduzidas, se não pela criação formal de novos poderes, sim pela concepção de instituições permanentes, as quais também desempenham funções da essência do Estado atual.

A sociedade continua a reclamar a elaboração de leis: tarefa da função legislativa do Estado. Reclama também a aplicação da lei: tarefa da função judiciária deste mesmo Estado. Reclama, por igual, que o administrador aja consoante determina a lei, mas além disto tudo, o Estado contemporâneo também reclama que, em pé de igualdade, se promova a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, das liberdades públicas constitucionais e outras; tarefas atribuídas ao Ministério Público que *não é e não quer ser o quarto poder* pretendido por Alfredo Valladão³. Em verdade é ele, e isto precisa ser bem compreendido, uma instituição, sem a qual, neste momento histórico, a sociedade não saberia conviver, prova maior de que, assim como os poderes formalmente constituídos, também esta instituição, hoje, integra a essência do Estado, pouco importando se tenha a designação formal de poder ou não, pois é certo que, tais como os poderes, sob o ponto de vista material, desempenha função essencial à existência do Estado moderno, com independência e harmonia com estes e com as instituições permanentes que compõem o Estado. Exerce, portanto, parcela da soberania do Estado e guindando seus órgãos à condição de agentes políticos, tais como os membros dos poderes formalmente constituídos.

Com esta concepção moderna de Estado e compreendendo claramente a missão institucional do Ministério Público, o legislador constituinte de 1988, quiçá, por vez primeira, a partir da apreensão da idéia moderna de Estado, deu o primeiro passo, elevando hierarquicamente sob o ponto

(2) A partir deste notável estudo, *muito citado e pouco lido*, se passou a atribuir a Montesquieu a idéia inspiradora da formatação política do Estado. Todavia, oportuno esclarecer que, em verdade, Montesquieu não concebeu ou gerou esta organização, mas, apenas constatou a existência destas funções nas comunidades organizadas. In “O Espírito das Leis”, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu, coleção Pensamento Político, UNB, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, 1982. Livro Décimo Primeiro.

(3) In “Ministério Público: quarto Poder do Estado, e outros estudos jurídicos”, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973.

de vista material a instituição do Ministério Público à mesma alçada dos poderes, eis que não vinculada a qualquer deles, com independência funcional e administrativa e em Capítulo destacado, do Título IV⁴, tal qual os poderes da República.

A partir desta *compreensão* foi possível, com clareza invulgar e sem precedentes, conceituar “Ministério Público”, definindo sua missão institucional no Estado brasileiro, quando no art. 127, da Carta Magna, foi dito que “*O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

Cumpra agora, para uma perfeita assimilação da proposta constitucional, decompor o dispositivo referido, com o fito de definir o papel institucional do Ministério Público no cumprimento de suas múltiplas tarefas na sociedade deste final de século.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO

A expressão *Ministério Público* se constitui em idéia composta e seus termos individualmente considerados expressam uma gama de significados, cuja a variação recomenda que se os analise, primeiramente de forma isolada, para, ao depois, partindo da identificação individual, passar à compreensão da soma dos termos.

O vocábulo *ministério* é equívoco e de difícil compreensão isoladamente, tanto que para os lexicólogos ou filólogos possui vários significados. Tais como (1) incumbência, (2) função, profissão, (3) função de ministro, (4) tempo durante o qual se exerce tal função, (5) conjunto de ministros, (6) parte da administração dos negócios do Estado, atribuída a cada ministro, (7) prédio onde funciona o serviço público correspondente, (8) secretaria de Estado⁵.

Já os vocabulários jurídicos nos ensinam que a expressão ministério vem do latim – **ministerium** – e que em sentido amplo significa ofício, cargo ou função⁶.

Público, segundo vocábulo da expressão composta Ministério Público, de sua parte, no vernáculo, grosso modo e independentemente de suas

(4) O Título Quarto, da Carta Magna, trata da organização dos poderes. Neste, o Capítulo Primeiro é dedicado ao Poder Legislativo, o Capítulo Segundo ao Poder Executivo, o Capítulo Terceiro ao Poder Judiciário e o Capítulo Quarto às Funções Essenciais à Justiça, sendo que dentre estas, a Seção Primeira é dedicada ao Ministério Público.

(5) Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *In Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, Nova Fronteira.

(6) *In De Plácido e Silva*, v. III, Forense, Rio.

variações, significa aquilo que pertence a todo o povo, considerado coletivamente.

Sob o ponto de vista jurídico, contudo, representa aquilo que é próprio ou pertinente ao Estado, integrando-se neste sentido a autoridade ou o poder do Estado. Assim, pois, no campo jurídico, o conceito de público não se restringe à idéia de ser coisa de interesse comum ou de interesse coletivo simplesmente, mas a íntima conexão da própria coisa com as finalidades do Estado.

Desta forma, retirando das ponderações acima o quanto de pertinente há entre o significado dos vocábulos e a expressão composta por estes – Ministério Público – se conclui que esta representa *um ofício integrante da essência do Estado*⁷.

Ofício este, integrante da essência do Estado politicamente organizado, cuja a Carta Federal de 1988 reconhece expressamente tal condição ao definir o Ministério Público como instituição permanente.

3. INSTITUIÇÃO PERMANENTE

Quando o legislador constituinte definiu o Ministério Público como *instituição permanente*, consagrou a idéia de que este é um dos órgãos que compõem perenemente o Estado e esta é a idéia cerne que contempla a definição, a qual equivale a organismo integrante da essência permanente do Estado.

Delegou-lhe, outrossim, funções que, ao lado das clássicas funções legislativas, executivas e judiciárias, foram definidas como essenciais à função jurisdicional e, desta forma, contemplou o órgão com parcela da soberania estatal⁸, tal qual qualquer das funções compreendidas formalmente como poderes. Portanto, ratificou idéia já existente, todavia, desta feita, no patamar e com a veemência necessária à concepção do Estado atual, fazendo o Ministério Público responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

4. ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Ao enfrentar a questão da essencialidade do Ministério Público junto a atividade jurisdicional do Estado, Mazzilli⁹ faz oportuna e curiosa observação, ao aduzir que o legislador constituinte, a um só tempo, disse mais e

(7) Em sentido similar Pontes de Miranda, in "Comentários à Constituição de 1967", São Paulo, RT, Tomo IV, pp. 323/5.

(8) Neste sentido Hugo Nigro Mazzilli, in "O Ministério Público na Constituição de 1988", p. 47.

(9) Ob. cit., pp. 48/9.

menos do que devia. Disse mais, exatamente porque não são em todos os feitos que se tem identificado a necessidade de atuação ministerial e disse menos exatamente porque não é apenas junto a função jurisdicional do Estado que atua o Ministério Público, eis que este possui diversas tarefas institucionais divorciadas da atividade jurisdicional.

Com efeito, é sabido que o Estado Ministério Público, na forma da legislação processual, tem sua atuação marcada pela presença do interesse público ou em razão da qualidade da parte ou ainda por determinação da lei. No que diz respeito ao interesse público, sempre houve em doutrina e jurisprudência a tendência de identificar a necessidade de intervenção do órgão ministerial, não em todas as demandas (onde, indiscutivelmente, há uma espécie de interesse público), mas em certos conflitos onde se destaca um interesse público diferenciado pela relevância da lide. Não diverge a questão no tocante a legitimidade de atuação do Ministério Público pela qualidade da parte, uma vez que apenas em certas hipóteses também estará autorizada a instituição a atuar, seja como órgão agente, seja como órgão interveniente.

Assim, p. ex., a simples presença dos dois limitadores de atuação (interesse público e qualidade da parte), estabelecidos por legislação ordinária, indviduosamente, recepcionada pela Constituição de 1988, demonstram que a essencialidade da atuação do Ministério Público se circunscreve a sua órbita de legitimação.

Oportuno, outrossim, destacar que o Ministério Público não é órgão de atuação exclusivamente processual, pois, dentre suas missões institucionais, encontra-se uma gama infindável de atribuições extraprocessuais, muitas das quais desconhecidas pelos demais profissionais do direito e da própria sociedade. Assim, por exemplo, quando instala e desenvolve inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia. Por igual, quando procede o exame das habilitações de casamento ou homologa acordos ou ainda quando estabelece os compromissos de ajustamento. Nesta medida, nota-se que o teatro de operações do Ministério Público se alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas.

Contudo, quer o legislador tenha dito mais ou menos do que devia, o fato é que ao dizer que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, com isto definiu o propósito de que, ausente o órgão, na sua faixa processual de atuação, a justiça não se faz de modo completo¹⁰ ou melhor dito, vênia concedida, se faz de forma viciada, daí decorrendo necessária invalidade não-somente processual.

(10) Assim J. Cretella Júnior, in "Comentários à Constituição", Forense Universitária, 2ª ed., vol. VI, p. 3.295.

Desta forma, a ausência do Ministério Público nas demandas em que se reclama sua atuação, agente ou interveniente, não importa somente em nulidade, com suporte em lei ordinária¹¹, mas em verdadeira inconstitucionalidade, pois o propósito da essencialidade à função jurisdicional encerra a idéia de tornar a presença do Ministério Público obrigatória por disposição constitucional.

5. DEFESA DA ORDEM JURÍDICA

A Constituição Federal, como já destacado, incumbiu ao Ministério Público, dentre outras atribuições, a defesa da ordem jurídica.

Para bem compreender o desempenho dessa tarefa ministerial, necessário se faz, antes de mais nada, que seja entendido precisamente o conceito de ordem jurídica.

Nesta medida observa Canotilho¹² que “O Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma Constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídica-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos”. Não diverge desta orientação, modo genérico, Biscaretti di Ruffia¹³, ao identificar na Constituição a ordenação jurídica suprema do Estado. De sua parte, Norberto Bobbio¹⁴ ensina que um ordenamento jurídico se constitui num sistema.

Do conjunto das lições trazidas à colação emerge com clareza a idéia de que o ordenamento jurídico fundamental está representado, no Brasil, pela ordem jurídica constitucional. A ordem jurídica constitucional por sua força normativa – para usar expressão cunhada por Konrad Hesse¹⁵ – baliza todo o sistema infraconstitucional, o qual integra, modo secundário, o ordenamento jurídico fundamental.

Desta forma, competindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, pode se afirmar, longe de dúvidas, que compete a este a *defesa da ordem constitucional* onde quer que esta se encontre ameaçada. Assim, pois, sempre que a ordem jurídica constitucional estiver ameaçada, sem a incidência de qualquer limitador de atuação, compete ao Ministério Público a tomada da medida necessária, seja ela jurisdicional ou não, para garantia do império desta mesma ordem.

(11) Art. 246, do CPC, p. ex.

(12) Ob. cit., p. 360.

(13) Paolo Biscaretti di Ruffia, in “Direito Constitucional”, SP, RT, p. 3, 1984, tradução de Maria Helena Diniz.

(14) In “Teoria do Ordenamento Jurídico”, Brasília, UNB, 6ª ed., p. 80, tradução de Maria Celeste C. J. Santos.

(15) In “A força normativa da Constituição”, POA, SAFE, 1991, tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

Também compete ao Ministério Público, agora com a incidência dos limitadores de atuação pertinentes a legislação infraconstitucional, a defesa do sistema jurídico – que em última análise importa na defesa da ordem jurídica –, exigindo, no seu campo de legitimação, a adequada e correta aplicação da lei, tenha ela a hierarquia que tiver.

Assim, por derradeiro, neste tópico, cumpre finalizar destacando que quando o legislador constituinte outorgou ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, incluiu no rol de suas atribuições a defesa da Constituição, em qualquer nível e perante qualquer órgão, sem limitação de órbita de atuação, pois aparece a instituição como verdadeiro garante da ordem jurídica e a ordem jurídica fundamental é a constitucional. Outrossim, já nos sistemas infraconstitucionais – naturalmente derivados ou recepcionados pelo sistema constitucional – existem limitadores de atuação (qualidade da parte e interesse público) que por integrarem exatamente estes sistemas infraconstitucionais, deverão servir de baliza à atuação ministerial, seja como órgão agente ou órgão interveniente.

6. DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

Também o Ministério Público foi incumbido da defesa do regime democrático e, igualmente, para bem compreender esta missão institucional, antecedentemente deve ser compreendida a idéia de regime democrático. Nesta linha de pensamento, oportuno destacar que, segundo ensinamentos do incomparável Norberto Bobbio¹⁶, na teoria da democracia confluem três tradições históricas: a) teoria aristotélica; b) teoria medieval e c) teoria moderna.

Na teoria clássica, também conhecida como aristotélica, a democracia se distingue das demais formas de governo, na medida em que esta aparece como o governo do povo, de todos os cidadãos ou mais precisamente o governo de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania. Ao passo que, na monarquia, o governo é de um só e na aristocracia o governo é de poucos.

Na teoria medieval, de origem romana, prossegue Bobbio, surge a democracia apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior ao inferior.

(16) In "Dicionário de Política", Brasília, UNB, verbete *Democracia*, pp. 319 e ss., tradução Luís Guerreiro Pinto Cacais, João Ferreira, Gaetano Lo Mônaco, Renzo Dini e Carmen C. Varrialle.

Na teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas de governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga democracia nada mais é do que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre os ideais democráticos e os ideais republicanos, e o governo genuinamente popular é chamado, em vez de democracia, de república.

Posto isto, cumpre observar que seja qual for a tradição de pensamento político mais adequada à definição e compreensão de democracia, o certo é que todos, conforme se viu da breve referência histórica, estão voltados para a soberania popular, daí decorrendo a clássica concepção do ideal democrático do mundo ocidental de que a democracia *é o governo do povo, pelo povo e para o povo*¹⁷.

Contudo, em face da impossibilidade pragmática da realização de um governo governado pelo povo de forma direta, colocando em prática efetiva a soberania popular, modernamente foi abandonada a democracia ideal tal como concebida por seus fundadores e ganhou terreno a idéia de *democracia representativa*, a qual, hoje, até mesmo cede lugar para uma fórmula mais aperfeiçoada da teoria da representação democrática que é a chamada *democracia participativa*. Contudo, sempre presente a idéia da legitimação através da manifestação do povo, fazendo valer, sempre, a doutrina da soberania popular¹⁸.

O regime democrático é, pois, exatamente o regime que adota tais princípios e sempre que estes, de alguma forma, forem ameaçados ou violados caberá ao Ministério Público, como verdadeiro defensor da democracia, agir com o fito de impedir a violação, garantindo, assim, o pleno exercício das garantias democráticas insculpidas na Constituição e, em última análise, assegurando a saúde do regime democrático brasileiro, muito embora eventuais imperfeições existentes, na medida em que este decorreu de um Estado de Direito.

(17) Informa Cezar Saldanha Souza Junior, in "A crise da democracia no Brasil", Forense, Rio, 1978, p. 14, que a consideração de que a democracia é o governo do povo e para o povo, vem de Aristóteles (in Política). Contudo, foi Lincoln (in Lincoln's Address at Gettysburg, pronunciado em 19.11.1863) quem, acrescentando o elemento *pelo povo*, compôs a fórmula clássica.

(18) Evidentemente não constitui escopo debater a democracia ou formas de governo, mas tão-somente fazer alguma referência à compreensão da democracia, para, ao depois, traçar um vínculo e definir aquilo que significa defesa do regime democrático, como atribuição do Ministério Público. Daí, a ausência de distinções entre democracia formal e substancial ou mesmo maior debate em torno da idéia sempre sedutora de que democracia representa igualdade de oportunidades sociais, jurídicas e econômicas.

Assim, para tornar concreta a atuação do Ministério Público em defesa do regime democrático, diz Mazzilli¹⁹ que é mister que tome a instituição, por exemplo, medidas tais como a propositura de mandado de injunção, quando a falta da norma regulamentadora impeça o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Deve, por igual, exercer rigorosa fiscalização no processo eleitoral, valendo-se das medidas necessárias para assegurar imparcialidade e isonomia, como também deve fazer valer o pluralismo político instituído, fazer valer a independência dos Poderes de Estado, dentre tantas outras possibilidades de defesa do regime democrático que somente a riqueza do caso concreto será capaz de ensejar identificação.

7. DEFESA DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS

O ordenamento jurídico em geral possibilita a vida em sociedade. O sistema jurídico brasileiro, como sabido, é um sistema positivo onde as várias normas existentes devem conviver. A propósito da unidade do ordenamento jurídico observou Norberto Bobbio²⁰ que *“Na realidade os ordenamentos jurídicos são compostos por uma infinidade de normas, que, como as estrelas no céu, jamais alguém consegue contar”*.

Diante desta afirmação pode ser indagado, quantas e quais são as normas do ordenamento jurídico brasileiro? Ninguém sabe! Os juristas em geral queixam-se que são muitas; mas assim mesmo criam-se novas, em nível federal, estadual e municipal. Parece, até mesmo, que não se pode deixar de criá-las para satisfazer a cada vez mais variada e intrincada vida social.

Outrossim, disse alguém alhures que o ordenamento jurídico brasileiro se divide em dois grandes grupos. O primeiro das normas que se cumprem; o segundo das normas que caem no esquecimento e não se cumprem.

Independentemente destas ponderações, a verdade é que todo o convívio social está assentado no ordenamento e este contempla normas que regulam, em tese, situações jurídicas individuais e disponíveis pelos sujeitos de direito, tais as relações de crédito e débito ou as relações entre o locador e o locatário dentre tantas outras hipóteses existentes. Ao lado destas, existem normas que regulam situações jurídicas individuais indisponíveis e situações jurídicas socializadas que transcendem as pessoas individualmente consideradas; são exemplos das primeiras as que regu-

(19) “O Ministério Público na Constituição de 1988...”, pp. 50/1.

(20) “A Teoria do Ordenamento Jurídico...”, p. 37.

lam a relação jurídica matrimonial e as que disciplinam a possibilidade de interdição. São, outrossim, exemplos das segundas, aquelas que tutelam o meio ambiente ou os consumidores difusamente considerados.

Os interesses individuais disponíveis, por regra, não integram a órbita de atuação ministerial. Todavia, já os chamados interesses individuais indisponíveis e os interesses sociais, integram o campo de atuação preferencial do Ministério Público, competindo-lhe a defesa ativa ou interventiva destes, observada, evidentemente, a disciplina de compatibilidade do art. 129, da Carta Federal, cuja a enumeração das funções institucionais e meramente exemplificativa, eis que – até mesmo – inc. IX, do dispositivo sob análise, escancara tal interpretação.

Na defesa destes interesses encontramos um dos fatores que definem o perfil do Ministério Público. Efetivamente, é sabido que o Poder Judiciário oferece como garantia a imparcialidade e o asseguramento da imparcialidade pressupõe jurisdição inerte.

Diante deste quadro – onde o exercício da jurisdição, com o fito de garantir imparcialidade aparece desprovido de iniciativa – restaria, sempre que violado ou ameaçado de violação direito individual indisponível ou direito social, um vazio no sistema, haja vista que os direitos individuais disponíveis são perseguidos pelos próprios titulares ao passo que os direitos individuais indisponíveis e os direitos sociais ficariam órfãos de iniciativa. Com o fito de não comprometer a imparcialidade do Estado-juiz e nem deixar ao desabrigo parcela dos direitos consagrados no ordenamento jurídico, foi conferida legitimidade ao Estado-Ministério Público para a tutela de tais interesses, daí sua legitimação em nível constitucional para o patrocínio destes.