

## A chefia do Ministério Público e a Constituição Federal<sup>(\*)</sup>

Prof. José Frederico Marques

### Introdução

1. A Emenda nº 1, de 1º de outubro de 1970, à Constituição do Estado de Minas Gerais, dispõe no artigo 88, nº I, que o Ministério Público Estadual é exercido “Pelo Procurador-Geral do Estado, Chefe do Ministério Público Estadual, nomeado em comissão, pelo governador, entre Procuradores do Estado, com prévia aprovação da Assembléia Legislativa”.

O Dr. Procurador-Geral da República entende que há, no preceito citado, não só infringência ao princípio constitucional contido no artigo 95 da Constituição da República (em que se consagra a regra da livre nomeação, pelo Executivo, do Chefe do Ministério Público), como também “restrição grave à faculdade do Governador” quanto à escolha do Procurador-Geral do Estado.

Anteriormente, o advogado Dr. Samuel Eiras Furquim Werneck havia argüido, perante o Dr. Procurador-Geral da República, para que este apresentasse “representação” ao Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade do citado artigo 88, nº I, da Constituição do Estado de Minas Gerais, na parte em que se exige que a nomeação recaia sobre um dos Procuradores do Estado. O Dr. Procurador-Geral da República, porém, em sua representação, foi mais longe, pois entendeu também inconstitucional a exigência de aprovação prévia pela Assembléia Legislativa.

Consulta-me, agora, o Ministério Público mineiro, através de sua associação de classe, se as restrições impostas no citado artigo 88, nº I, da Constituição de Minas Gerais, se encontram em conflito com a Constituição da República, ou se ao reverso, com esta se harmonizam.

2. Não se vislumbra, a meu ver, qualquer vulneração à Lei Maior da República nos dispositivos incriminados da Constituição Mineira.

Por que atentariam contra o Estatuto Fundamental?

Seria porque, com as exigências impostas para a escolha do Procurador-Geral, o Governador estaria sendo indevidamente tolhido nos poderes de que se acha investido como chefe do Poder Executivo?

Ou então, as exigências impostas quebrariam a harmonia e a independência de poderes, princípio básico da Constituição da República?

Não basta dizer, como o fez o nobre Procurador-Geral da República, que há ofensa “ao artigo 95, da Constituição, pelo qual é regulada a livre nomeação do Procurador-Geral da República, Chefe do Ministério Público Federal, e que se impõe como modelo à regulamentação da matéria no plano estadual”. Essa sincronia que se pretende criar, como princípio do Estado federal, não encontra o menor amparo na

(\*) “Justitia” – Vol. LXXVI – Ano XXXIV – Janeiro-Março, 1972 – págs. 7 a 14.

Constituição da República, e, muito menos, nos postulados do sistema federativo. Quem a enunciou por essa forma, foi S. Exa. o Dr. Procurador-Geral da República, mas sem base alguma na doutrina de nosso Direito Constitucional e nas normas do *ius scriptum*.

De acordo com o artigo 13, da Constituição, os

“Estados organizar-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem” uma vez que, segundo declara o artigo 1º, o

“Brasil é uma República Federativa”, em que, portanto, os Estados gozam de autonomia.

Certo é que devem ser mantidos invulneráveis, princípios básicos da Constituição da República, para que não se transformem os Estados-membros em entidades quase-soberanas que possam modelar suas instituições políticas em dissonância com as linhas mestras da organização nacional. Onde dizer o citado artigo 13, que os Estados devem obedecer a determinados princípios da Constituição da República, dentre os quais vem a enumeração naquele texto expressa e enumerada.

Conforme precisa lição do ilustre homem público e brilhante jurista, Professor Ernesto Leme:

“sendo os Estados autônomos, mas não soberanos, têm eles de se submeter a um conjunto de regras, que lhes são impostas, para não romper a harmonia federativa. Cada Estado rege-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União” (“O artigo 63 da Constituição”, 1925, pág. 102).

E em outra passagem, o grande mestre paulista assim se exprime:

“Porém, se a necessidade de manter a harmonia, entre a União e os Estados, leva a que as Constituições e leis destes se modelem pela Carta Constitucional da República, a regra expressa no artigo 63 não pode forçar a que, vazando, num código político, os princípios fundamentais de sua organização, façam os Estados uma cópia servil da Constituição que lhes serve de paradigma” (págs. 35 e 36).

Ora, a livre nomeação do Chefe do Ministério Público será princípio constitucional, ou tão-só uma norma na Constituição contida? Os Estados-membros estarão compelidos a adotar a diretriz seguida, neste passo, pela Constituição da República?

Eis o que se passará a examinar nas considerações que se seguem.

### O Ministério Público

3. Para perfeito equacionamento dos problemas que neste parecer devem ser abordados e receber solução, cumpre, de início, um estudo, ainda que breve, sobre a estrutura e natureza do Ministério Público, para que, a seguir, se examinem os mandamentos constitucionais que lhe servem de base ao disciplinamento legal.

De há muito, aliás, tenho tido oportunidade de focalizar tão nobre e útil instituição, procurando fixar sua verdadeira colocação em nosso sistema político-constitucional, de maneira a mostrar quais suas funções básicas e fundamentais, e ainda, os postulados a que se encontra subordinada.

Sempre sustentei que o Ministério Público nem é um quarto poder, nem tampouco órgão integrante do Poder Judiciário.

Adotando a opinião de Tito Prates da Fonseca e Pontes de Miranda (para lembrar apenas juristas não peregrinos), entendo que o Ministério Público “não é órgão jurisdicional, mas administrativo”, sendo, outrossim, “um dos ramos do Poder Executivo”. E perfilhando ensinamento de Allorio, assim escrevi:

“o Ministério Público está na zona extrema da administração, justamente onde esta confina com a atividade jurisdicional” (“Instituições de Direito Processual Civil”, 1966, vol I, pág 200, nº 112).

Todavia, em outra passagem, deixei ressaltado:

“Isto quer dizer que os membros do Ministério Público são funcionários da administração pública, isto é, do Poder Executivo; mas, como acentuam Glasson e Tissier, com uma certa independência que não têm os funcionários dessa categoria” (*op. cit.*, págs. 200 e 201, nº 112).

Realmente, aqueles processualistas franceses, depois de dizerem que os membros do Ministério Público *n'ont pas de jurisdiction*, e que devem fiscalizar a administração da Justiça, *comme représentant l'autorité gouvernementale*, assim observam:

“ils sont aussi des magistrats (.), serviteurs du droit, de la justice, de l'ordre public, ayant, dans l'exercice de leurs fonctions, malgré la forte hiérarchie à laquelle ils sont soumis, une certaine indépendance que n'ont pas les fonctionnaires de l'ordre administratif” (Glasson, Morcel e Tissier, “*Traité Théorique et Pratique d'Organisation Judiciaire, de Compétence et de Procédure Civile*”, 1925, vol. I, pág 265, nº 110).

Ainda que não integrem a magistratura judicante, magistrados eles o são, visto que atuam junto ao Judiciário para a aplicação da lei, atividade essa administrativa, mas vinculada estreitamente aos ditames legais (Florian, “*Derecho Procesal Penal*”, 1934, pág 181).

Donde dizer Giovanni Conso, que

“ogni funzionario del pubblico ministero è un magistrato, come è un magistrato ogni giudice” (“*Costituzione e Processo Penale*”, 1969, pág 546).

Alcalá-Zamora, por sua vez, escreveu:

“El Ministerio Publico puede ser considerado una magistratura lato sensu, siempre que no se identifique este término con órgano jurisdiccional”. (“*Derecho Procesal Penal*”, 1945, vol I, pág 379).

E isto porque magistratura indica dignidade ou função de ordem superior, significando *magistratus* o que tem a qualidade de “mestre ou dono” (E Couture, “*Vocabulário Jurídico*”, 1960, pág 409, vb “magistrado”).

O Ministério Público constitui a “*magistrature debout*” e os Juizes, a “*magistrature assise*” (ou de *siège*): esta aplica a lei e aquela pede a sua aplicação, em nome do Estado (Cf. H. Capitant, “*Vocabulaire Juridique*”, 1936, pág 320, vb. “magistrat”).

De tudo se infere que o Ministério Público, ainda que integrando a Administração Pública, tem as prerrogativas de “magistrado”, porque assim o exigem as funções de que se acha investido. Donde, também, impor a Constituição que seja ele “organizado em carreira”, e que se lhe dêem garantias razoáveis para o exercício de suas tarefas e atribuições funcionais (artigo 96).

4. A função nuclear e básica do Ministério Público é a que seus membros exercem como órgãos da ação penal: fundamental, nessa instituição, como salienta F. Siracusa, é “*il carattere di organo statale permanente per far valere la pretesa penale nascente dal rato*” (“*Il Pubblico Ministero*”, 1929, pág 3).

Órgão do Estado para a tutela penal, incumbe ao Ministério Público, consequentemente, a defesa dos bens jurídicos penalmente protegidos. Se o crime é “lesão

efetiva ou potencial de um bem jurídico” (Bettioli, “*Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*”, 1966, pág. 79), a tutela penal recai sobre todos os bens que, através da *sanctio juris poenalis*, o Estado protege, ao definir as figuras delituosas. Cabe, portanto, ao Ministério Público a defesa desses bens, através do exercício da ação penal.

E entre os bens jurídicos penalmente tutelados, destacam-se, desde logo, aqueles pertinentes aos direitos fundamentais e aos direitos de personalidade, cuja proteção mais forte é encontrada na lei penal: “enquanto a intervenção do legislador de direito privado tem sido sóbria, numerosas são as normas penais que alcançam crimes praticados contra bens em condições de serem objeto dos direitos de personalidade (Adriano de Cupis, “*I Diritti della Personalità*”, 1959, vol. I, pág 64).

Afirma, por isso, Pietro Virga, que a defesa dos direitos fundamentais, como direitos da pessoa humana, se realiza principalmente por meio da ação penal, de que titular não é o sujeito do direito lesado, e sim, o Ministério Público (“*Libertà Giuridica e Diritti Fondamentali*”, 1947, pág. 180). E isto significa que o Ministério Público, como órgão da tutela penal, é também aquele órgão que tem, no Estado, a precípua função de proteger os direitos de personalidade e outros direitos fundamentais da pessoa humana, através da ação penal.

Todavia, ainda outros bens jurídicos constituem objeto da tutela penal:

“Ogni diritto fondamentale trova la sua tutela attraverso l'incriminazione della violazione di esso da parte dell'ordinamento penale, il quale tuttavia non si limita a tutelare i diritti fondamentali dei singoli, na tutela altresì oltre ai diritti ed alle potestà dello Stato e degli enti pubblici, gli altri diritti della personalità e anche alcuni fra i più importanti diritti privati come la proprietà” (P. Virga, *op. e loc. cit.*).

Juízos de valor, elaborados em razão dos interesses supremos do bem comum, levam o legislador a dar substancial relevo a determinados bens jurídicos, cuja violação atenta contra interesses vitais da sociedade, pondo-os sob a proteção da lei penal e do Ministério Público, como órgão do Estado para a tutela penal.

Claro está, portanto, que uma função de tão magna importância não pode ser exercida senão por autênticos magistrados (ainda que integrando os quadros administrativos do Poder Executivo), que tenham pleno comando sobre sua própria atuação.

Por mais forte que seja a ligação hierárquica – na lei escrita –, do Ministério Público ao Poder Executivo, àquele pertence, de modo exclusivo, o exercício da ação penal. Ou como explicou, magnificamente, Mangin, *in verbis*:

“*Quelque étroite que soit la dépendance des procureurs généraux à l'égard du ministre de la justice (.), elle ne confère au fonctionnaire supérieur qu'un droit de direction purement administrative qui n'agit ni sur la validité ni sur l'omission des actes qui sont de la compétence de ses subordonnés. L'action publique n'appartient point au ministre de la justice, il peut bien prescrire de l'intenter; mais la loi ne l'autorise pas à en interdire l'exercice*” (“*Traité de l'Action Publique et de l'Action Civile*”, 1876, vol. I, pág. 123, nº 91).

#### O Ministério Público na Constituição

5. A partir da Constituição de 1934, ganhou o Ministério Público brasileiro tratamento constitucional, como órgão do Estado.

Além disso, ao contrário do que antes sucedia, garantias lhe foram conferidas, depois de 1946, tanto na órbita federal, como naquela dos Estados-membros.

Na Constituição de 1934, aparece o Ministério Público da União como um “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, sem uma palavra, no entanto, em relação aos Estados. A carta de 1937 “pouco se referiu ao Ministério Público”. Mas na de 1946, ele retomou “a sua posição de órgão constitucional” (Ari Florêncio Guimarães, “O Ministério Público no Mandado de Segurança”, págs. 98 e 103), a qual foi reiterada e mantida na Constituição de 1967 e na Constituição da República de 1969.

6. Pela Constituição vigente, o Ministério Público, no plano federal tem como chefe o Procurador-Geral da República, “nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (artigo 95, *caput*).

A escolha do Presidente da República não está sujeita a outras condições. Nomeado será para o cargo, aquele que, tendo mais de 35 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada, foi livremente escolhido pelo Chefe da Nação.

Por outro lado, pode o Procurador-Geral propor a remoção de qualquer membro do Ministério Público federal, “com fundamento em conveniência do serviço” (Constituição da República, artigo 94, § 1º) com o que, através dele, pode ficar todo o *Parquet* da União sob rígido e imediato controle do Poder Executivo, no que tange à disciplina administrativa da instituição.

Ao tempo da Constituição de 1967, entendeu o ministro Vitor Nunes Leal que a referência ao Procurador-Geral, no § 1º, do artigo 138, nos termos em que vem repetida no artigo 94, § 1º, da Constituição ora em vigor, impunha aos Estados que determinassem a forma de escolha do Chefe do Ministério Público, em consonância com o paradigma da Constituição do Brasil (“Revista Trimestral de Jurisprudência”, 1969, vol. 50, pág. 208).

Não me parece exato esse entendimento, fruto de mera interpretação exegética – literal, em que não se atentou devidamente para os traços fundamentais da estruturação funcional do Ministério Público, e também se não levaram em conta alguns caracteres do *Parquet* federal, mui diversos daqueles do *Parquet* dos Estados-membros.

Em primeiro lugar, deve ser lembrado que em virtude das atribuições que lhes são imanentes, como órgão da tutela penal do Estado que atua junto ao Judiciário, as restrições da Lei Basilar, no plano federal, constituem peculiaridades deste a que os Estados-membros não estão presos ou vinculados, porquanto sem adotar essas restrições estarão realçando, ainda mais, sem contrariar princípios da Constituição, os elementos e caracteres específicos do Ministério Público.

Princípio constitucional se encontra, sem dúvida, na estruturação em carreira do Ministério Público, com a inamovibilidade de seus membros salvo quando o reclamar a “conveniência do serviço” (artigos 95, § 1º, e 96), porque aí se consubstancia preceito destinado a garantir a atividade funcional da instituição, para que esta atue em consonância com suas relevantes e magnas tarefas no mecanismo estatal. E toda norma constitucional agasalha um princípio em seu contexto, quando dela dimana uma orientação geral a dar causa à formação de outras normas, como autênticos corolários do que vem genericamente preceituado (Cf. Vezio Crisafulli, “*La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*”, 1952, pág. 8).

Ora, a regra do artigo 95, *caput*, não traz princípio imposto aos Estados-membros, não só porque não vem contido na remissão existente no artigo 96, como

também porque se trata de norma própria e específica, imposta apenas no setor federal, em virtude das atribuições que ali cabem aos órgãos do Ministério Público.

Na União, os membros do *Parquet* encontram-se colocados naquela situação ambígua, a que se refere Velez Mariconde, de dualidade de funções: são eles a um só tempo, magistrados do Ministério Público e advogados da Fazenda Nacional (“*Estudios de Derecho Procesal Penal*”, 1956, vol. I, pág. 222). Tal dualismo deve ser extirpado (Cf. Bilac Pinto, “Ministério Público”, 1937, págs. 23 a 25), para que não se perturbe a atuação do Ministério Público e se deixe a seus membros o exercício exclusivo das atribuições inerentes ao ofício.

Ora, os Estados-membros não estão obrigados a aceitar o sistema adotado no plano federal. E nessa hipótese, para garantir a independência do Ministério Público, com mais vigor e eficiência, nada melhor do que limitar os poderes de escolha do Executivo, prendendo-o sempre a indicações prévias da própria instituição, ou ao *placet* ulterior do Legislativo.

Salutar, por outro lado, que as Constituições Estaduais adotem a orientação seguida no Estado de Minas Gerais, pois assim o Executivo acabará providenciando no sentido de tirar do Ministério Público, as funções de advogado da Fazenda Pública.

7. Se não bastasse o que já foi aduzido, a mostrar que o Ministério Público Federal pode ter atividade diversa daquela do *Parquet* de cada Estado-membro, ainda devem ser trazidos à colação, as diferenças que existem, dentro das próprias atribuições do Ministério Público, entre um e outro.

As funções do Ministério Público Federal, ainda que formalmente idênticas àquelas do Ministério Público Estadual, têm peculiaridades de conteúdo, que justificam a regra contida no artigo 95, *caput*, da Constituição da República, sobre a livre escolha do Procurador-Geral da República.

Os bens jurídicos penalmente protegidos, dos crimes que são processados e julgados na área jurisdicional da União, estão intimamente ligados à própria vida política da Nação. Basta que se leiam os itens e números do artigo 125 da Constituição, para a comprovação do que foi afirmado. Além disso, o Procurador-Geral da República ainda atua na esfera da justiça eleitoral, que é eminentemente política e se destina a garantir a representação popular, bem como o funcionamento dos partidos políticos, dentro da organização que lhes imprimem as leis federais.

Já o Ministério Público Estadual tutela principalmente, e de modo quase exclusivo, os bens jurídicos penalmente garantidos da pessoa humana, tais como a vida, a integridade psíquico-corporal, a honra, o patrimônio, a moral familiar e a incolumidade pessoal, bens jurídicos esses que estão ligados a direitos subjetivos que o Estado protege.

Por isso mesmo, a atuação do Ministério Público Federal está muito mais presa ao Poder Executivo, do que a do Ministério Público Estadual, onde, na realidade, quase nula é a conexão dos interesses do poder político com a aplicação das normas penais a cargo da justiça comum.

Quando se trata de proteger a segurança nacional, a verdade do voto, a organização dos partidos, o patrimônio da União, a soberania nacional, a organização do trabalho, compreende-se que a atuação do Ministério Público tenha profundos liames com a política do governo federal. Mas, em se tratando da proteção penal dos direitos da pessoa humana, o interesse público está apenas na aplicação da lei que tutela esses

bens, sem qualquer relação com a política dos governos estaduais. Daí a necessidade de se encarar de modo diverso a organização do Ministério Público Estadual e aquela do Ministério Público Federal.

A escolha sem limitações do Chefe do Ministério Público Estadual, pode oferecer, como alhures observou Alcalá-Zamora,

*"el grave inconveniente de inmiscuir al Ejecutivo en una esfera donde nada tiene que hacer"* (op. cit., vol I, pág 381)

Realmente, que interesse direto e imediato terá o executivo na repressão *hic et nunc* dos crimes comuns? Para que sua intromissão num setor em que a defesa do interesse geral está confiada a órgão próprio do Estado, que deve atuar com prerrogativas de verdadeira magistratura, uma vez que lhe cabe a defesa da legalidade e da ordem pública, como função imanente a seu ofício?

8 Na esfera da União, o Ministério Público, funcionando junto ao Supremo Tribunal, tem atribuições estreitamente ligadas à política nacional, como por exemplo, a da defesa da Constituição

Enquanto isso, no setor estadual, o Ministério Público, quando sai do campo do Direito Penal, para atuar na jurisdição civil, passa a exercer a defesa dos interesses privados de caráter indisponível, ou, como fala Zanobini, a tutela administrativa de direitos privados

Tão longe está o interesse do Executivo no tocante a essa tutela administrativa, que, em muitos casos, quem a exerce é o Judiciário, através da jurisdição voluntária, ou os notários e escrivães, com independência e sem vinculações hierárquicas.

Tudo isso mostra que a diretriz adotada na Constituição mineira, longe de ser inconstitucional, é a que melhor condiz com as relevantes funções do Ministério Público Estadual, pois que subtrai este das más influências político-partidárias e o coloca em posição de independência, tão necessária e recomendável em virtude das tarefas que lhe são cometidas.

O disposto no artigo 95, *caput*, da Constituição da República é preceito próprio do Ministério Público Federal, que não vincula os legisladores estaduais

Melhor será, ao reverso, que dele se afastem, para que não sejam reduzidos seus membros do Ministério Público Estadual, a simples delegados do Poder Executivo, como poderá acontecer em consequência da força dos mandonismos locais de certas regiões do País. A orientação a ser seguida é aquela que Campos Salles traçara, ao organizar, em 1890, o Ministério Público do Distrito Federal (Bilac Pinto, *op. cit.*, págs. 27 e 28)

E com essa orientação, está em perfeita harmonia a Constituição do Estado de Minas Gerais.