

Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade

ALEXANDRE DE MORAES (*)

Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Limites das reformas constitucionais. 3 - Respeito à forma federativa. 4 - Ministério Público e o regime democrático. 5 - Respeito aos direitos e garantias individuais.

1 - Introdução

O Ministério Público, em virtude do inegável avanço legislativo obtido com a Constituição de 1988, transformou-se em um verdadeiro defensor da sociedade e de seus direitos constitucionais

O legislador constituinte enumerou diversos direitos e garantias constitucionais, e previu, para fiscalizar sua aplicabilidade e eficácia, as diversas funções do Ministério Público. Igualmente, o legislador constituinte previu as garantias de liberdade e independência do Ministério Público, para que todas as suas dignas funções pudessem ser exercidas sem quaisquer pressões externas.

Neste contexto, pode-se afirmar, peremptoriamente, que as garantias do Ministério Público, por serem garantias de defesa dos direitos de toda a sociedade, são imutáveis, por serem cláusulas pétreas.

2 - Limites das reformas constitucionais:

A reforma constitucional decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, uma vez que o legislador originário estabeleceu limites, correspondentes a cláusulas de irremovibilidade da Constituição. Essas cláusulas são chamadas de pétreas, correspondendo ao núcleo imodificável da Carta Magna

Conforme prefaciona a professora Maria Helena Diniz: "O poder constituinte derivado, exercido pelo poder político eleito, pode reformar a norma constitucional por meio de emendas, porém baseado nas normas estabelecidas pelo poder constituinte originário, que traça os limites à alteração da própria Constituição. Tais limites podem ser formais, como a prescrição do quorum para a reforma, ou material, como a vedação da alteração dos artigos 1º, 2º, 5º e 14 (Ferraz Jr., Constituinte, cit. págs. 30 e 31). Logo, o poder constituinte só quando convertido em constituinte pode vulnerar o preceito constitucional. Esclarecedoras, a respeito, são as idéias de Carlos Sánchez Viamonte de que o poder reformador da Constituição Federal é o próprio constituinte que age na etapa de continuidade. O poder constituinte abarca duplo caráter de ato constituinte de elaboração da Constituição, quando cumpre a etapa de primigenidade, e de revisão constitucional, quando cumpre a etapa de continuidade. Uma vez editada a Lei Maior, o constituinte, como função, fica em repouso, mas permanece vivo e operante nas disposições constitucionais. Seu exercício não se esgota, permanece em estado virtual, apto para colocar-se em movimento todas as vezes que for imprescindível a revisão ou a reforma parcial do texto constitucional" ("Norma Constitucional e seus efeitos", ed. Saraiva, 2ª ed, 1992, pág. 88).

Assim, qualquer proposta de emenda constitucional não pode expressa ou implicitamente pretender alterar as matérias tratadas no § 4º, do art 60, da Constituição Federal, conforme magistério do professor José Afonso da Silva: "É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado', 'fica abolido o voto direto', 'passa a vigorar a concentração de Poderes', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação', ou o **habeas corpus**, o mandado de segurança... A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto), para sua abolição. Assim, p. ex. a autonomia dos Estados Federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado. Atribuir a qualquer dos Poderes atribuições que a Constituição só outorga a outro importará tendência a abolir o princípio da separação de Poderes" ("Curso de Direito Constitucional Positivo", editora Malheiros, 9ª edição, pág. 61).

Neste sentido, propostas de emenda constitucional, que retirem do Ministério Público suas garantias de liberdade e imparcialidade, não podem ser admitidas, por desrespeitado, ainda que implicitamente, as seguintes cláusulas pétreas: forma federativa, regime democrático, e direitos e garantias individuais

3 - Respeito à forma federativa:

Conforme já citado, "a autonomia dos Estados Federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de auto-administração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, por mínima que seja, indica tendência a abolir a forma federativa de Estado".

O art 25, da Constituição Federal, afirma que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição; enquanto os artigos 27, 28, 125 e 128, § 5º, estabelecem que caberá a cada Estado-membro a organização de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a organização do Ministério Público.

A determinação, através de reforma constitucional, que a União crie e organize um Conselho Nacional do Ministério Público, fiscalizador dos Ministérios Públicos

(*) - 1º Secretário da Associação Paulista do Ministério Público, Professor de Direito Constitucional e Penal do Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Estaduais, retirando do Estado a possibilidade desta criação, através da Constituição Estadual, fere frontalmente a competência remanescente do Estado-membro (art 25, § 1º), alterando-se, desta forma, a distribuição de competência, característica essencial da Federação brasileira, e, como tal, cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

Ora, "desfrutam os Estados-membros, isto sim, de autonomia, ou seja, de capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano, que lhes garante auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, exercitáveis sem subordinação hierárquica dos Poderes estaduais aos Poderes da União" (Competências na Constituição de 1988, Fernanda Dias Menezes de Almeida, ed Atlas, 1991, pág 28)

Criar-se um Conselho Nacional do Ministério Público, que fiscalizará os Ministérios Públicos Estaduais, é desrespeitar-se a competência constitucionalmente atribuída aos Estados de estabelecerem a "organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público" (art 128, § 5º) e, conseqüentemente, reduzir-se a competência legislativa do Estado-membro, desrespeitando-se as regras federativas.

A presente proposta de emenda constitucional ao art 128, § 5º, da Constituição Federal, acaba por centralizar o Poder na pessoa política da União, em detrimento dos Estados-membros, desrespeitando-se a regra existente "No modelo federal de Estado" onde "verifica-se, numa palavra, a descentralização política, que corresponde ao mais alto grau de descentralização. E a descentralização, como se sabe, além de fator de eficiência de governo, é também instrumento de limitação do poder, não servindo, assim, a propósitos autoritários" (Fernanda Dias Menezes de Almeida, ob. cit., pág 29)

Além disto, a presente proposta de emenda constitucional pretende criar uma aberração federativa, qual seja, o controle de uma Instituição do Estado-membro por um Conselho da União, hipótese esta proibida no Estado Federal, onde um Ente Político nem deve criar nem manter, sobre os outros, qualquer influência ou predomínio capaz de lhes tolher ou dificultar o exercício de sua autodeterminação dentro da esfera das respectivas atribuições, pois como escrevia Madison ("O Federalista", 1º de fevereiro de 1788), "todo o poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão de poderes, o mais importante é garanti-los contra suas recíprocas invasões"

4 - Ministério Público e o regime democrático:

A Constituição Federal, no art 60, § 4º, "a", erigiu como cláusula pétrea, conforme exaustivamente citado, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente o regime democrático, tanto em relação às regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para sua fiscalização.

Como um dos fiscais do regime democrático, o legislador constituinte originário escolheu o Ministério Público, ao afirmar que é "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art 127, caput)

Para garantir que o Ministério Público, em defesa da sociedade, exercesse seu mister constitucional, entre eles a defesa do regime democrático, diversas garantias de independência e autonomia foram previstas, bem como diversos sistemas de controle.

Como bem observa o Presidente do Excelso Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence, " 26 A seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV - Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III - Das funções Essenciais à Justiça 27. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção desvelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente

a posição do Ministério Público entre os poderes do Estado ", concluindo que o Ministério Público, "desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e aos direitos da cidadania" (RTJ 147/129-30)

Uma das garantias dadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, visando a sociedade e a defesa intransigente da federação e do regime democrático, consiste na formação de lista tripartite dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectivamente, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 128, § 3º).

Qualquer proposta de alteração constitucional que preveja a escolha do Procurador-Geral de Justiça dos Estados-membros e do distrito Federal pelo Chefe do Poder Executivo, sem a necessidade de eleição pela classe de lista tripartite, nem tão pouco de pertencer o escolhido aos quadros da carreira, afasta a autonomia e independência do Ministério Público, fortalecendo o Poder Executivo, em detrimento dos demais Poderes do Estado, retornando a um conceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, incabível no Estado Moderno e prejudicando a fiscalização das regras da Federação, Separação de Poderes e regime democrático, função constitucional, repita-se, do Ministério Público

Preservar-se a independência do Ministério Público e mantê-lo equidistante dos poderes do Estado é indispensável ao Estado Moderno, como salienta o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Sepúlveda Pertence: "A razão subjacente à crítica contemporânea da integração do ministério Público no Poder Executivo-aceruava então -, está, na verdade, na postulação da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções sintetizadas na proteção da ordem jurídica. Dizia uma das inteligências mais lúcidas da magistratura brasileira dos últimos tempos, o Ministro Rodrigues Alckmin continuei -, e, ao meu ver, com razão, a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes é uma "questão de somenos", pois o verdadeiro problema é sua independência. O mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do poder Executivo, que o Estado moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos () Garantida efetivamente a sua independência conclui naquela palestra - a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse quase meramente teórico. " (RTJ 147/133 - Min. Sepúlveda Pertence).

Se é verdade que no regime democrático da República Federativa do Brasil, os Poderes do Estado são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, todos autônomos entre si; não é menos verdade que as regras de prevalência e fiscalização da federação e do regime democrático são imutáveis, pois "o mínimo irredutível de uma autêntica Constituição teria de conter as regras da separação de poderes; um mecanismo de cooperação e controle desses poderes - "checks and balances"; um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder. "(Wheare, Karl C, "Modern constitutions", London, Oxford University Press, 1973, pág 46 e segs)

O legislador constituinte criou, dentro do respeito à teoria dos freios e contrapesos ("checks and balances"), como já afirmado, um verdadeiro fiscal da perpetuidade da federação, da Separação de Poderes e do regime democrático

Para a garantia deste regime democrático, a Constituição conferiu funções institucionais ao Ministério Público, tais como o exercício privativo da ação penal pública (art 129, I), zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua

garantia (art. 129, II), promoção da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36), entre outras não menos relevantes funções

Porém, também em respeito ao mecanismo de cooperação e controle aos órgãos que exercem as funções de Estado, o legislador Constituinte fixou severo controle externo à Instituição, tanto por parte do Poder Legislativo (controle orçamentário, através do Tribunal de Contas; destituição do Procurador-Geral de Justiça), quanto pelo poder Executivo (nomeação do Procurador-Geral de Justiça, através de lista tripartite dentre integrantes da carreira) e do Poder Judiciário, a quem são dirigidas as pretensões e iniciativas dos membros do ministério Público

Alterar este sistema de controles, seria alterar o mecanismo de cooperação e fiscalização existente na Federação em relação a esses poderes (Executivo/Legislativo/Judiciário) e da própria Instituição do Ministério Público, com prejuízo ao regime democrático, desrespeitando a doutrina dos "Freios e Contrapesos" ("checks and balances"), modificando um mecanismo para evitar bloqueios respectivos entre os diferentes detentores de funções do poder, uma vez que, retornaríamos à hipotrofia do Poder Executivo Estadual, a quem caberia, discricionariamente, a escolha do Procurador-Geral de Justiça, mesmo não integrante da carreira, fiscal do regime democrático

5 - Respeito aos direitos e garantias individuais:

As garantias institucionais do Ministério Público são garantias fundamentais da Sociedade, e do regime democrático, impossíveis, portanto, de serem alteradas pelo poder constituinte derivado.

A lição magistral do Ministro Celso de Mello, do Excelso Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/161), demonstra claramente esta assertiva: "Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a anti-reação reivindicada da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, institui o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos deferidos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei".

Preleciona o § 4º, alínea "d", do art. 60, do texto constitucional, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

E certo, uma vez que, já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que os direitos e garantias fundamentais não se encontram somente no art. 5º, da Constituição Federal, conforme analisado no julgamento da Constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03, de 01.03.93, que instituiu o IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), posteriormente regulado pela Lei Complementar nº 77

A citada emenda foi considerada inconstitucional ao determinar que o imposto fosse cobrado ainda em 1993, apesar de afastar textualmente o princípio da anterioridade (art. 150, inciso III, "b", da Constituição Federal).

Apesar do IPMF ter sido criado através de Emenda Constitucional, que é manifestação do poder constituinte reformador, decidiu o Supremo Tribunal Federal, como notícia Oscar Vilhena Vieira, in "STF - Jurisprudência Política", ed. RT, pág. 135 e segs., ampliar o leque das chamadas cláusulas pétreas previstas no art. 60, § 4º, da Constituição Federal, vedando a alteração da Carta constitucional sempre que houver violação a valores constitucionais intangíveis, no caso, o princípio da anterioridade.

Afirma o citado autor "Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao conceder o pedido de liminar inserido na ação direta de inconstitucionalidade, proposta

contra o IPMF, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio, em 15 de setembro desse ano. Por sua decisão liminar, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a três, suspendeu a cobrança do IPMF até 31.12.93. Autorizando a cobrança do imposto apenas a partir do primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o tributo foi instituído. Esta forma afastou o confronto do IPMF com o princípio da anterioridade" (STF - Jurisprudência Política, ob. cit.)

Da mesma forma, outros direitos e garantias individuais são intangíveis, imodificáveis, pois apesar de não encontrarem-se definidos no extenso rol do art. 5º, são valores constitucionais intangíveis, entre eles, as garantias de independência funcionais dos membros dos Poderes do Estado, Executivo, Legislativo, Judiciário, e, igualmente, dos membros do Ministério Público; além dos direitos políticos, previstos nos arts. 12 e seguintes, da Constituição Federal.

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, e mais especificamente a independência funcional, a vitalidade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade, são garantias da própria sociedade, de que o Ministério Público, incumbido pela Constituição de ser o guardião da legalidade formal e material das liberdades públicas contra os abusos do poder Estatal, não sofra pressões odiosas no exercício de seu mister.

Sendo as liberdades públicas, objeto da proteção jurídica em matéria de direitos constitucionais, em cuja defesa deve agir o Ministério Público; a independência funcional, a vitalidade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade, transformam-se em garantias fundamentais da Constituição Federal, com o escopo de concretizar as liberdades públicas positivas previstas, principalmente, no art. 5º, da Constituição Federal.

Podemos vislumbrar no contexto do art. 5º, da Constituição Federal, diversas limitações jurídicas ao poder do Estado, tanto através das liberdades-públicas negativas, quanto através das liberdades-públicas positivas.

Assim, são três as dimensões em que se projetam as liberdades públicas: 1) dimensão civil (liberdades clássicas), previstas no art. 5º; 2) dimensão política (liberdade-participação), previstas no art. 12 e segs.; e 3) dimensão social (liberdades-concretas: direitos econômicos e sociais), previstas, principalmente, no art. 6º e segs.

Qualquer tentativa de alteração nestas liberdades públicas é vedada pela Constituição, seja para suprimi-la, seja para torná-la sem efetividade constitucional.

Neste contexto surge o Ministério Público, com a missão de fiscalização do cumprimento das liberdades públicas, ou seja, com a missão de torná-las efetivas no plano concreto. Para isso concedeu-lhe o legislador constituinte nobres funções, dentre outras, de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (efetividade, inclusive, ao direito à vida - art. 5º, XXXVIII e XLVII); zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição (efetividade de todo o extenso rol do art. 5º, entre outros), promovendo as medidas necessárias a sua garantia (efetividade dos remédios constitucionais do art. 5º incisos LXXVIII, LXXIX, LXX, LXXI, LXXII); promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição (efetividade da defesa da Federação, artigos 34, 35 e 60, § 4º, I).

Retirar do Ministério Público tais funções, ou mesmo, retirar-lhe as garantias constitucionais para o bom exercício destas funções, corresponde a diminuir a efetividade das liberdades públicas, ou em outras palavras, aboli-las parcialmente, de forma implícita, o que a Constituição taxativamente veda.

Canotilho refere-se a certas garantias que pretendem garantir a efetividade das cláusulas pétreas como limites táticos para aduzir que, às vezes, "as Constituições não contêm

quaisquer preceitos limitativos do Poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta" (J. J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", Livraria Almeida, Coimbra, 1991, pág. 1135).

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Alessandro Pizzorusso ("Commentario della Costituzione a cura di G. Branca-Caranzie Costituzionali", Zanichelli, Editore, 1981, p.p. 721-722, Pontes de Miranda ("Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil", tomo II, Editora Guanabara, pág. 528), Pinto Ferreira ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", 2ª ed., tomo I, Konfino Editor, 1951, pág. 19; 174-175; "Curso de Direito Constitucional", 5ª ed., Editora Saraiva, 1991, pág. 19; "Comentários à Constituição Brasileira", 3ª v. Editora Saraiva, 1992, págs. 192/195, 208/09) e Nelson de Souza Sampaio (O Poder de reforma Constitucional Moderno, 2ª ed., atualizada, Imprensa Oficial, 1961, Bahia, págs. 40/80/88), entre outros ilustres publicistas

Limites tácitos, para Canotillo, ou poderes implícitos, para o Ministro Celso de Mello; o certo é que "o relevo e a importância que assume a teoria dos poderes implícitos no plano da hermenêutica constitucional, que cumpre ter presente o novo sistema de garantias que a Constituição deferiu ao Ministério Público e aos seus membros que o integram, cuja razão de ser funda-se, essencialmente, na significativa circunstância de que, agora, sob a égide do novo ordenamento constitucional, a investidura no cargo de representantes do Ministério Público se processa, sempre, uma vez decorrido o biênio probatório, em caráter vitalício, com a exclusão de qualquer outra modalidade" (RTJ 147/164), não pode sofrer alterações, em virtude de serem garantias à defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.