

O MINISTÉRIO PÚBLICO SEGUNDO NOSSA PROPOSTA DE ENQUADRAMENTO (*)

Celso Benjó

A Doutrina da Separação de Poderes como Cerne da Democracia

O Prof. Darcy Azambuja definiu com grande sensibilidade a democracia como "sistema político em que, para promover o bem público, uma constituição assegura os direitos individuais fundamentais, a eleição periódica dos governantes por sufrágio universal, a divisão e limitação dos poderes e a pluralidade de partidos" (em *Teoria Geral do Estado*, Ed. Globo, 6.^a ed., Porto Alegre, 1976, pág. 331).

Sem divisão e limitação de poderes não há democracia. Afirma o autor acima, com propriedade (*ob. cit.*, pág. 324), que nem mesmo o povo possui todo o poder, pois existem direitos inalienáveis da pessoa humana que não podem ser desrespeitados pelo governo da maioria. O governo é da e para a pessoa humana.

Tal realidade, entretanto, não é de hoje sentida. Como bem observou Sahid Maluf, Platão e Aristóteles doutrinaram:

"não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos". E Aristóteles, em sua obra Política, chegou a esboçar a tríplice divisão do poder em "legislativo, executivo e administrativo" (Teoria Geral do Estado, Ed. Sugestões Literárias S/A, SP, 1974, 8.^a ed., pág. 219).

Posteriormente estes ideais caíram no obscurantismo dos tempos absolutistas. Não foi com *Locke* nem com *Montesquieu*, como muitos costumam afirmar, que nasceu a separação de poderes. A mesma foi resultado de um processo de desgaste do poder e da evolução da sociedade. Foi com o *Bill of Rights* de 1689 que se deu autoridade ao parlamento inglês, forçando o Rei a dividir o poder com o parlamento e outorgando independência aos Magistrados.

Foi *Locke*, no Segundo Tratado do Governo Civil, quem primeiro sistematizou esta separação e foi com *Montesquieu*, autor do *Espírito das Leis*, que tal doutrina atingiu seu ápice. Defendia, assim, este último jurisconsulto e doutrinador político a tríplice separação de poderes na obra retromencionada:

"Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao Poder Exe-

(*) Trabalho apresentado no VII Encontro do Ministério Público Fluminense, realizado em Teresópolis, de 06 a 09 de novembro de 1986.

cutivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembléia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares" (*apud* Darcy Azambuja, ob. cit. pág. 179).

O sistema imaginado por Charles de Sécondat (*Barão de Montesquieu*), acolhido por grande parte das constituições modernas, também se baseia na harmonia e na coordenação dos poderes a fim de que o Estado, como nação politicamente organizada, cumpra suas funções.

A separação de poderes constituiu de tal forma um ideal de democracia e de respeito aos direitos individuais que o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já consagrara tal princípio.

Não há Base Científica para a Separação de Poderes Imaginada por Montesquieu

As funções de administrar, de legislar e de julgar não são exclusivas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em nosso ordenamento constitucional o Executivo legisla quando regulamentada, edita decretos-leis; julga sem força de definitividade nos Tribunais administrativos. O Legislativo julga o Presidente da República e Ministros em crimes de responsabilidades conexos e se auto-administra em parte. O Judiciário também pratica atos administrativos e ora até mesmo legisla, valendo citar, *v.g.*, o poder legiferante que a Constituição outorgou ao STF.

Assim, a separação de poderes não é verdadeira separação, mas mera preponderância de uma função em relação as demais. O seu valor, como visto acima, não é científico, mas sim de tentar limitar o poder pelo poder, gerando a democracia.

A Doutrina de Loewenstein

A Doutrina de Loewenstein em *Political Power and Governamental Process*, na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho em *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1981, 10.^a ed., págs. 79 e 80,

espelha um novo critério de separação de poderes em um regime parlamentarista. O autor sugere uma nova tripartição de funções (*policy determination, policy execution e policy control*).

O poder de determinação consistiria em introduzir uma questão nova no mundo jurídico, só condicionada à Constituição. O poder de execução era o de tomar decisões consoante àquela, onde se inseriria o Poder Judiciário clássico e o Poder Executivo, pois que ambos estão jungidos ao princípio da legalidade. O terceiro poder seria o de controle político feito pelo parlamento e formal pelo judiciário. Não há aí separação de funções, consoante os diferentes poderes. O grande mérito da doutrina de *Loewenstein* foi de identificar uma função que não vinha sendo prestigiada: a função de controle.

O controle da atividade legislativa, da atividade administrativa e da jurisdicional tem que ser promovido. Parece tímida a doutrina de *Montesquieu* acolhida por nosso país sobre o assunto. Vejamos: o Legislativo controla as contas públicas pelo Tribunal de Contas. Mas veja-se: na esfera federal é o Presidente da República quem nomeia os Ministros dos Tribunais de Contas, condicionada a aprovação da indicação pelo Senado Federal (art. 72, § 3.º da Constituição Federal). Aí reside um dos pilares básicos da moralidade administrativa. Entretanto, o que se vê é um certo constrangimento que existe nesta fiscalização pela indicação ou pela aprovação pelo Partido majoritário do nome indicado que, de certa forma, gera uma falta de independência. No controle da atividade legislativa o Ministério Público tem grande atuação pela representação por inconstitucionalidade, que, mesmo assim, ainda é tímida, pois tal ação de controle não é prevista para todos os casos de inconstitucionalidade das leis, não havendo a contemplação, por exemplo, em lei federal, da representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal não só frente à Constituição Federal, como também em face da Constituição Estadual.

No controle da atividade judiciária igualmente há uma timidez. Funciona o Ministério Público como um apêndice do Executivo junto ao Judiciário. Normalmente mais mal remunerado e pior aparelhado.

Breve Notícia Sobre a Instituição do Ministério Público na Itália, França e Portugal

O Ministério Público na Itália

Na Itália o *pubblico ministero* integra a Magistratura com toda a literalidade que esta frase traduz. Os *procuratore della Republica* (Promotor de Justiça em primeira instância) compõem, ao lado dos outros membros da instituição, a Magistratura requerente, ao passo que os Juízes integram a chamada Magistratura judicante.

Pela organização judiciária de tal país, como bem observa J. Cabral Netto (*ob. cit.*, pág. 113), as funções inerentes ao Ministério Público podem ser reexercidas pela Magistratura, como também as destas pelo Ministério Público. É questão de atribuição.

A Carta Magna Italiana também não é pródiga em dispositivos sobre o Ministério Público. Tratou desta instituição no *Titulo IV* da constituição que trata de *La Magistratura*, assegurando a sua independência (art. 108) e fazendo compor obrigatoriamente o *Consiglio Superiore della Magistratura* o *Procuratore generale della corte di cassazione* (art. 104).

O Ministério Público na França

A constituição francesa atual, de 1958, não tratou especificamente do Ministério Público, estando a legislação ordinária a disciplinar tal matéria.

Na França, a direção geral do *Parquet* é feita pelo Ministro da Justiça. Este tem prerrogativas de dar ordens, mas somente em trabalhos escritos e não nos orais, eis que segundo a tradição francesa *la plume est serve, mais la parole est libre*.

Observa, não obstante, J. Cabral Netto que, embora agentes do Poder Executivo junto aos Tribunais, o Ministério Público constitui uma magistratura pois, como afirma o autor:

"a) o tratamento dos chefes de Parquet é igual ao dos chefes de jurisdição. Essa igualdade, dizem Robert Vouin e Jacques Léauté, favorece a independência das duas magistraturas uma em face da outra;

b) o magistrado do M.P. pode ficar de chapéu à cabeça e não se levantar, quando o presidente lê a sentença, enquanto que nesse momento solene todos os demais devem estar descobertos e de pé;

c) quando do desfile solene da Corte, com o primeiro Presidente à frente, o Procurador-Geral vai após o mesmo, a fim de lembrar que isso não é para ele senão uma questão de presença;

d) o presidente não pode nem recusar e nem retirar a palavra ao M.P.

A partir da Constituição de 27 de outubro de 1946, uma grande diferença existe, no que se refere à nomeação, promoção e disciplina, entre as duas magistraturas. A nomeação dos da judicial é feita pelo Presidente da Re-

pública, diante da proposta feita pelo Conselho Superior da Magistratura, enquanto que a do Ministério Público é feita por decreto do Ministro da Justiça, dentre os nomes inscritos como aptos.

Em face de seu caráter de agente do Poder Executivo, não se deve, diz H. Solus, perder à vista a sua qualidade de magistrado. E justamente essa sua qualidade vem explicar o fato de que um mesmo magistrado possa passar da magistratura debout (ou du Parquet), à magistratura du siège (ou d'assise), e reciprocamente. Esta possibilidade tem sido, por vezes, criticada, continua aquele autor, porquanto existem entre essas duas magistraturas tais diferenças de caracteres, que alguns pensam que seria possível fazer duas carreiras distintas. Todavia, é ele defensor da interpenetração das carreiras pois, com a separação de ambas "le prestige des membres du ministère public ne pourrait qu'y perdre" (O Ministério Público na Europa Latina, BH, 1974).

Cumpra ultimar este breve relato, trazendo a brilhante síntese de Francisque Goyet, em *Le Ministère Public, Recueil Sirey, Paris, Troisième édition, 1953*:

"Le ministère public est une magistrature spéciale établie auprès de certaines juridictions à l'effet de représenter la Société, et, en son nom, de faire observer dans les jugements à rendre les lois qui intéressent l'ordre général et de faire exécuter les jugements rendus (loi du 16-24 août 1790, t. VIII, art. 1er). Cette magistrature est en même temps chargée d'exercer l'action publique (loi du 20 avril 1810, art. 45; C. IC., art. 21 et 22). Mais ceux de ses représentants qui son établis auprès des tribunaux de première instance et des Cours d'appel, les procureurs de la République et les procureurs généraux, ne se bornent pas à concourir à la distribution de la justice par leurs conclusions ou réquisitions d'audience, et, en matière pénale, ils ne voient pas leurs attributions limitées à l'exercice de l'action publique. Ils ont encore, en dehors de l'audience, en matière civile, pénale, commerciale, disciplinaire et en matière d'administration judiciaire, de nombreuses attributions, si variées que toute définition d'ensemble en est impossible, et dont la moins belle n'est certes pas celle d'assurer la protection des incapables et des personnes sans défense."

O Ministério Público em Portugal

A atual constituição reservou um capítulo próprio para o Ministério Público. Sua disciplina vem assim tratada:

“Art. 224 — 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a acção penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar.

2. O Ministério Público goza de estatuto próprio.”

“Art. 225 — 1. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

2. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República.”

“Art. 226 — 1. A Procuradoria-Geral da República é o órgão superior do Ministério Público e é presidida pelo Procurador-Geral da República.

2. A lei determina as regras da organização e competência da Procuradoria-Geral da República, a qual compreende um órgão colegial que inclui membros de entre si eleitos pelos magistrados do Ministério Público.”

Como bem observa J. J. Gomes Carneiro, em *Constituição Portuguesa Anotada*, Ed. Vital Ferreira, 2.^a ed., vol. II, Coimbra Editora, 1985, pág. 347, a nova constituição determinou “a separação entre a magistratura judicial e a do Ministério Público, implicando na separação dos respectivos corpos e também a existência de carreiras autônomas. No sistema pré-constitucional, o Ministério Público funcionava no escalão inferior como início da carreira judicial, sendo os escalões superiores preenchidos por Juízes. Havia, pois, e apenas, separação funcional”.

Como prerrogativas a constituição portuguesa também não foi das mais felizes. No artigo 221, n.º 2, outorgou aos magistrados a irresponsabilidade por suas decisões, salvo as exceções consignadas em lei, e a independência (art. 208.º), ao passo que, como visto acima, os agentes do Ministério Público são responsáveis e hierarquicamente subordinados. É certo que conferem o direito à inamovibilidade, mas não se fez uma equiparação total.

Vale trazer à baila, no que tange à subordinação hierárquica, a precisa lição de J.J. Gomes Carneiro, *ob. cit.*, pág. 348, *verbis*:

"A subordinação hierárquica — que supõe entre outras coisas a subordinação dos agentes do MP a ordens ou instruções — levanta fundamentalmente dois problemas: (a) relações entre o Governo e o MP; (b) configuração da cadeia hierárquica entre os vários níveis da estrutura do MP. Quanto ao primeiro problema, parece estar afastada a possibilidade de o Governo dar ordens ou instruções ao MP, uma vez que, nos termos constitucionais, o órgão superior do MP é a PGR (art. 226.º-1); o Governo só pode influir sobre o MP indirectamente, através do PGR — cuja nomeação e exoneração lhe cabe propor — e na medida em que a lei preveja a participação de representantes do Governo na composição da PGR. Quanto ao segundo problema, a subordinação hierárquica tanto pode consistir numa cadeia hierárquica uniforme desde a base à cúpula, como num sistema que inclua formas de desconcentração por degraus."

Dentro da Procuradoria-Geral da República existe ainda um órgão diretivo, colegiado, em cuja composição entram Magistrados do Ministério Público eleitos pela própria classe o que dá ao *Parquet*, nas palavras de J.J. Gomes Carneiro: "uma certa medida de auto-governo desta magistratura" (*ob. cit.*, págs. 349/350).

O Ministério Público é, assim, instituição essencial de um regime democrático. Não há Estado que prescindia da Instituição e tanto mais democracia haverá quanto maiores forem seus poderes.

Conclusões

Dos países em que analisamos o Ministério Público, à luz do direito comparado, observamos que foi na Itália que a instituição do Ministério Público ganhou mais prestígio.

Não é, pois, coincidência que é nesse país que mais aparecem os grandes escândalos de políticos, que grandes personalidades acabam por ser responsabilizadas, onde os chamados crimes de colarinho branco não ficam sem punição, enfim, onde a legalidade é melhor preservada. O homem italiano não é pior, não é menos honesto que o francês, o português ou o brasileiro. A diferença está na Instituição do Ministério Público, que ali é prestigiada, é independente, é uma magistratura com todas as garantias.

É momento de grande reflexão nacional. Só teremos a moralidade administrativa salvaguardada com uma fiscalização eficaz, com um Ministério Público forte, com garantias, instrumentos e prerrogativas

Vamos dar um basta. Vamos criar um país sério e honesto em que os ricos e poderosos também sofram por seus atos vilipendia-

dores do povo e da sociedade. Tal só se fará com instituições fortes, com um poder fiscalizador.

Nossa Proposta de Enquadramento

Da idéia de *Loewenstein*, identificando uma função fiscalizadora, bem como de todos os defensores da tese do Ministério Público como quarto poder, surgem luzes que devem ser objeto de reflexão por todos nós.

Vale observar que a nossa Constituição de 1934, talvez a mais ousada e democrática que já tivemos, consagrava o Ministério Público em título autônomo, sem vinculá-lo a qualquer poder, eis que tal instituição é essencial e não pode estar sujeita ou hierarquizada a qualquer das demais.

Talvez o equívoco das demais propostas de enquadramento tivesse sido o de tornar o Ministério Público isoladamente um quarto poder. Nossa proposta envolve também o Tribunal de Contas que também exerce uma função fiscalizadora, e da simbiose desses dois órgãos nasceria o quarto poder.

Analiticamente, podemos assim resumir tais propostas:

1.^a — Criar um quarto poder, poder de controle e atribuí-lo ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas.

Para unificar terminologias, denominaríamos os hoje chamados Tribunais de Contas de Ministério Público administrativo e do hoje denominado simplesmente Ministério Público de Ministério Público judicial. Tal se justifica pois a atuação do primeiro Ministério Público se fará precipuamente junto ao Poder Executivo e o segundo, em grande parte, junto ao Judiciário.

2.^a — Os membros do quarto poder, seja do Ministério Público administrativo, ou seja do Ministério Público judicial, seriam concursados, vitalícios, com prerrogativas de fazer diligências próprias, com vencimentos de Magistrados, requisitando força pública e diligências, sendo seus atos auto-executórios.

Assim, no quarto poder haveria dois órgãos autônomos entre si, ambos com estrutura administrativa prevista em lei complementar.

3.^a — O Ministério Público judicial promoveria o controle da legalidade da atividade administrativa junto ao poder judiciário. Seria uma magistratura requerente, semelhante à italiana, que pudesse resgatar os direitos sociais, os difusos, os dos incapazes e desvalidos, preservando o interesse público.

Tal não é uma necessidade sentida por este brasileiro. O grande jurista pátrio Alfredo Valladão, citado por Roberto Lyra em *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, pág. 17, lecionava:

*"O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o **Espírito das Leis**, por certo não seria *tríplice*, mas *quádrupla*, a *Divisão dos Poderes*. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele — o que defende a Sociedade e a Lei, perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado."*

4.^a — Atribuir ao Ministério Público administrativo o poder de fazer auditorias internas a qualquer momento nos órgãos públicos e autarquias, sem prejuízo da verificação de suas contas, a final.

5.^a — Atribuir ao Ministério Público administrativo o poder de representar ao Ministério Público judicial para que este promova junto ao legislativo o *impeachment* do chefe do executivo.

6.^a — Atribuir ao Ministério Público judicial a representação por inconstitucionalidade de leis e atos normativos Federais, Estaduais e Municipais.

7.^a — Num sistema de Freios e Contrapesos imaginado por *Montesquieu* um poder controla o outro. Não imaginamos jamais um poder controlador que não fosse controlado.

O Ministério Público administrativo sofreria controle de sua atuação através de uma Procuradoria do Executivo junto a tal órgão, quiçá exercida pelo chamado hoje de Ministério Público especial, que dentre outras tem funções de emitir parecer nos procedimentos submetidos ao Tribunal de Contas. A seu turno, as decisões do Ministério Público administrativo poderiam ser revistas pelo Tribunal de Justiça Estadual ou pelo STF.

Responderia o Ministério Público judicial por abuso de poder perante o judiciário.

8.^a — Separar as funções de defesa da União e de qualquer pessoa jurídica de direito público das funções fiscalizadoras. Criar uma procuradoria da República independente do Ministério Público judicial atuante a nível federal, que só teria as funções da instituição em si. Não se coadunam as funções de defesa incondicional com as fiscalizatórias.

Assim, por exemplo, se o Ministério Público judicial federal pedisse a interdição de uma usina nuclear que pudesse afetar a atividade administrativa da União. Como faria um membro do Ministério Público judicial federal? Um ingressaria em juízo e outro defenderia os interesses da União? Nem sempre os interesses imediatos da pessoa jurídica de direito público se coadunam com os direitos almejados pela sociedade.

9.^a — Atribuir ao Ministério Público judicial a ação civil pública para salvaguardar a defesa do regime democrático, da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis sempre que entender, a seu juízo de valor, que tais direitos estão sendo vilipendiados e independentemente de previsão legislativa, consagrando sua faculdade de agir.

10.^a — Atribuir ao chefe do Ministério Público judicial federal o poder de pedir esclarecimentos ao Presidente da República e Ministros de Estado sobre certos fatos e ao Ministério Público judicial estadual tal poder em relação a governadores e prefeitos.

11.^a — Fazer do Procurador designado pelo chefe do Ministério Público judicial membro nato do conselho da magistratura, com direito a voto nos procedimentos administrativos não iniciados pelo quarto poder.

Cumpre ultimar, advertindo que, com um poder fiscalizador, haverá órgãos do Ministério Público requerendo e quando os mesmos postularem será a própria Nação Brasileira que estará clamando por justiça.