

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO GUARDIÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Eduardo Ritt*

Resumo: O estudo doutrinário em tela repousa na análise da natureza jurídica e constitucional da instituição do Ministério Público e de sua destinação constitucional com relação aos Direitos Fundamentais. Procura-se, através de um método hermenêutico, crítico e reflexivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, situar o Ministério Público como órgão constitucional de soberania e, pois, guardião dos Direitos Fundamentais e agente transformador.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Ministério Público.

Sumário: Introdução. 1. Natureza jurídica e constitucional do Ministério Público. 2. Ministério Público como agente de transformação social. Considerações finais.

Introdução

Em tempo de discussões constitucionais a respeito da instituição do Ministério Público, inclusive quanto à sua natureza jurídica, atribuições e garantias constitucionais, ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira enfrenta sérios problemas sociais, de agressões aos direitos mais básicos, faz-se necessário um

* Promotor de Justiça Criminal em Santa Cruz do Sul/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Professor das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito e nas Especializações (presencial e EAD) em Direito Penal e Processual Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Autor de vários artigos jurídicos e do livro *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*, publicado pela Livraria do Advogado Editora, 2002. Coautor do Livro *Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais*, editado pela Livraria do Advogado Editora, 2008, em conjunto com Caroline Fockink Ritt. E-mail: eduardoritt@mp.rs.gov.br.

estudo sobre a atuação do Ministério Público frente aos Direitos Fundamentais, com o objetivo de fixar, por primeiro, qual é a verdadeira natureza jurídica da Instituição em comento, e, após, qual sua efetiva destinação constitucional.¹

Sabe-se que o objetivo mais importante dos parlamentares constituintes de 1988, na qualidade de legítimos representantes do povo brasileiro, foi o de transformar o Brasil num verdadeiro Estado Democrático de Direito, vale dizer, criar um Estado que garantisse os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, concebidos esses como os valores supremos de nossa sociedade, o que consignaram no Preâmbulo da atual Carta Magna.

E os constituintes, para esse desiderato, fizeram constar que este mesmo Estado Democrático de Direito teria como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana, constituindo seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos (artigos 1º, inciso III, e 3º, incisos I, III e IV).

Assim, ingressamos, a partir da Carta Magna de 1988, em um novo modelo de Estado, o chamado Estado Democrático de Direito, que objetiva primordialmente a garantia da dignidade do ser humano, incorporando, inclusive, novas dimensões de Direitos Fundamentais, ou seja, os direitos sociais, coletivos e difusos que abrangem toda a sociedade.

E o Ministério Público é configurado, neste novo modelo de sociedade que a Lei Fundamental de 1988 pretende criar, nos termos da definição contida no seu artigo 127, *caput*, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, uma Instituição justamente criada com a missão precípua de defesa dos fundamentos e valores deste novo Estado Democrático de Direito, restando tipificada como uma “Das funções essenciais à Justiça”.

Neste sentido, é indubitável que a Carta Magna de 1988 fortalece o Ministério Público como uma instituição particularmente direcionada para a defesa da cidadania, por vezes pouco compreendida por certos setores da sociedade, mas que adquiriu grande credibilidade social, após mais de 20 anos da edição da Constituição, justamente pela sua atuação engajada em todo o Brasil, pois sua função é de buscar, justamente, dar efetividade aos direitos individuais indisponíveis, bem como aos direitos sociais e difusos previstos na Constituição.²

¹ O presente estudo utilizará o método hermenêutico, crítico e reflexivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica.

² Recentemente, no ano de 2013, na iminência da votação, pela Câmara de Deputados, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 37, que impediria o Ministério Público de fazer investigações

Tal Instituição recebeu, consoante o artigo 127 da Carta Magna, autonomia e independência, e seus agentes, as garantias de independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, numa equivalência com os magistrados do Poder Judiciário, por óbvio, para atuar fortemente na defesa dos Direitos Fundamentais, em respeito às funções constitucionais.

Por tudo isso, não poucos passaram a considerar a Instituição em comento como um verdadeiro Poder de Estado, sem que, porém, fosse explicitada exatamente a sua natureza jurídica e qual a sua real colocação política no Estado Democrático de Direito pátrio, o que, de certa forma, trouxe insegurança jurídica e fomenta debates desnecessários.³

Por isso, e pela própria falta de visão dos operadores jurídicos, ainda envoltos em velhas teorias e concepções de mundo, não mais aplicáveis ao novo Estado Democrático de Direito, é discutidíssima a natureza jurídica de suas funções:

Para alguns, o Ministério Público é considerado um verdadeiro “poder”, pretendendo-se com isso alterar a divisão tripartida de Montesquieu. Para outros, é componente do Poder Legislativo, pois a este cabe a elaboração da lei e ao Ministério Público fiscalizar o seu cumprimento, via jurisdicional, circunstância que tornaria visível a maior afinidade lógica entre a vontade do legislador e a atividade do órgão, mais do que qualquer outro do Estado. Há os que o incluem no Poder Judiciário, embora órgão não jurisdicional, mas sempre independente do Poder Executivo. A maioria, porém, tem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo.⁴

Assim, é imprescindível que toda a sociedade possa compreender tal situação e a real importância da Instituição, e de suas funções, na transformação social que precisa ser implantada no Brasil, por expressa disposição constitucional, buscando-se a chamada “vontade de Constituição”, pois

criminais, o povo brasileiro, de forma espontânea, nas mobilizações populares que ganharam o Brasil, reconheceu, ainda que implicitamente, a importância do *Parquet* no combate da criminalidade e postou-se contrário à PEC 37.

³ Neste sentido, alerta Arthur Pinto Filho (Constituição, classes sociais e Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999) que: “Percebe-se, com toda a clareza, que a tarefa do Ministério Público foi completamente modificada pelo legislador Constituinte. Constatar este fato é o início do longo caminho para que modifiquemos profundamente nossa estrutura, ainda não adequada para operar sob o novo modelo. Nossa estrutura ainda está formatada para atuar sob o perfil da Constituição de 1969. Não nos demos conta de nossa tarefa mais importante, a de manter o equilíbrio estabelecido na Constituição, fazendo valer seu texto em toda a sua inteireza, inclusive, e principalmente, no que pertine aos interesses e direitos das classes dominadas” (p. 87-88).

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público. In: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4, t. 4, p. 10.

os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumental que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional. Para que este momento continue a integrar o nosso presente e não se torne mais outra mera lembrança, com sabor de ilusão, torna-se indispensável o concurso da vontade por parte de todos os agentes políticos e de toda a sociedade. Neste sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse –, para a preservação e fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma “vontade de Constituição”, também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de qualquer Constituição que mereça esta designação⁵.

O problema inicial, então, é saber, afinal, qual é a natureza jurídica e constitucional do Ministério Público brasileiro, estabelecendo-se, então, a sua exata importância no cenário jurídico e político nacional, a fim de que possa ser melhor identificada a sua missão constitucional e contribuir, dessa forma, para uma melhor atuação dos órgãos de execução ministerial na concretização de uma nova realidade social, superando-se as mazelas sociais na defesa dos Direitos Fundamentais.⁶

1 Natureza jurídica e constitucional do Ministério Público

Para definir a natureza constitucional do Ministério Público, é preciso estabelecer, inicialmente, qual é a sua posição perante a teoria da separação de poderes, eis que é a partir dessa doutrina que o Estado de Direito se moldou, recebendo a sua atual configuração. Afinal, é no Estado que “se apoiam todas

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 80.

⁶ Para FARIA, José Eduardo. A função social do Ministério Público. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990: “Em face da natureza e do alcance dos problemas aqui apontados e discutidos, portanto, o Ministério Público – como também a magistratura – não parece ter mais condições de continuar atrelado às doutrinas tradicionais que a convidam a ater-se somente aos dizeres da lei (‘interpretação gramatical’), ao núcleo central do ordenamento jurídico (‘interpretação lógico-sistemática’), às intenções do legislador (‘interpretação histórica’) e ao sentido da lei (‘interpretação teleológica’) – doutrinas essas que fazem da norma não só um atributo que precede logicamente os casos a serem subsumidos, mas ainda o próprio eixo de toda a operação interpretativa. Para vencer o desafio acima mencionado é necessário um amplo esforço de reflexão sobre a hermenêutica jurídica, a qual precisa ser encarada como um gesto humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda compreensão humana sob o regime da finitude. Tal esforço, obviamente, implica uma mudança de paradigma, ou seja, uma transformação nos modos de ver, apreender e fazer o mundo, provocada pela recomposição diferencial do universo conceitual através do qual se pensa os objetos, as relações entre objetos, os conceitos, etc.” (p. 125-126).

as teorias que sustentam a limitação jurídica do poder do Estado, bem como o reconhecimento do Estado como sujeito de direitos e de obrigações jurídicas”.⁷

A teoria da separação de poderes, que através da obra de Montesquieu – *Do espírito das leis*⁸ – se incorporou ao constitucionalismo,⁹ foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, como uma técnica de resistência ao poder absoluto, numa época dominada pela Monarquia Absolutista “em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos”.¹⁰

Consiste tal teoria em distinguir três funções estatais – legislação, administração e jurisdição – e atribuí-las a três órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade. Pressupõe, assim, a “tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional”,¹¹ limitando o poder estatal.

O princípio da separação de poderes, tal como a concepção de soberania, serviu para embasar a vitória da burguesia contra a Monarquia Absolutista, na implantação do novo Estado liberal:

Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.¹²

Montesquieu concebeu sua teoria da separação dos poderes como técnica para contenção do poder pelo próprio poder, onde nenhum órgão poderia des-

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

⁸ Ver MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint. 523 p. (Coleção Universidade de Bolso, 10711).

⁹ O princípio da separação de poderes, para Paulo Bonavides (*Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 203): “Emergia ele de uma visão histórica e sociológica lançada pelo eminente pensador. Partindo da realidade constitucional inglesa, Montesquieu fora buscar ali apoio e inspiração para as garantias da liberdade, mediante aquele princípio desde logo convertido em axioma dos governos livres. A proposição teve maior voga no século XIX. Floresceu durante a época do Estado liberal, de cujas instituições entrou a fazer parte como um de seus dogmas intangíveis. Graças ao princípio, se tornou possível estruturar uma forma de organização de poder, em que o Estado se limitava pela Constituição. O poder executivo, igualmente contido no círculo de competências restritas, já não era o poder absoluto e sem limites do começo da Idade Moderna”.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 215.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 117.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 136.

mandar-se a ponto de instaurar a perseguição e o arbítrio, porque nenhum desfrutaria de poderes para tanto, sendo que

O poder estatal, assim dividido, seria o oposto daquele outro fruído pelo monarca de então, desvinculado de qualquer ordem jurídica preestabelecida. Como um racionalizador do poder, Montesquieu colocou-se em frontal antagonismo com a ordem existente e tornou-se um dos autores que mais contribuíram para o advento do Estado Constitucional ou de Direito. Sua inspiração filosófica era sem dúvida o racionalismo, iniciado com Descartes, que se opôs energicamente ao irracionalismo dominante na Idade Média e influente ainda, na sua época, sobretudo no que dizia respeito à legitimação do poder, que era procurada na tradição e na sua origem divina. Montesquieu é, pois, um precursor do Estado liberal burguês. A Revolução Francesa iria levar ao apogeu a afirmação de sua doutrina, ao estipular, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição.¹³

O princípio da separação de poderes auferiu inigualável prestígio na doutrina constitucional liberal, transformando-se num dogma constitucional, e isso ocorreu pela crença de seu emprego como garantia das liberdades individuais “ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas”.¹⁴ E, sobre o princípio da separação dos poderes, convertido em dogma do Estado liberal,

assentavam os constituintes liberais a esperança de tolher ou imobilizar a progressiva democratização do poder, sua inevitável e total transferência para o braço popular. A adoção mais célebre da separação porquanto mais eficaz ocorreu na Constituição federal americana de 1787. O texto constitucional não menciona o princípio uma única vez e no entanto a Constituição seria ininteligível se omitíssemos a presença da separação de poderes que é a técnica de repartição da competência soberana naquele documento público.¹⁵

Assim, o princípio da separação de poderes surgiu obviamente atrelado aos interesses liberais e serviu, num dado momento histórico, para limitar o poder do Estado, e, logo após, para manter a dominação burguesa, sendo, portanto, convertido num dogma do Estado de Direito, que perdura até hoje, mesmo com todas as transformações ocorridas no Estado e na sociedade.

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, ficou, assim, associado à ideia de Estado de Direito e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma, se ainda nos mantivermos apegados àquela concepção dogmática da tripartição de poderes que fundou o Estado de Direito liberal, por óbvio não será possível pensar o Ministério Público como um autêntico Poder de Estado.

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 300.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1999, p. 142.

¹⁵ *Ibidem*, p. 142.

Todavia, a questão merece ser repensada, pois é ponto pacífico, inicialmente, que o poder do Estado é uno e indivisível, sendo normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano estatal, o que, porém, não quebra a unidade do poder¹⁶. Por isso, existe uma relação muito estreita entre poder e função do Estado,

havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*. Assim, por exemplo, Leroy-Beaulieu adota esta última posição, indo até mais longe, procurando demonstrar que as diferentes funções do Estado, atribuídas a diferentes órgãos, resultaram do princípio da divisão do trabalho.¹⁷

Tais questões são de vital importância para a compreensão do tema em comento, eis que a diferenciação entre poder e função está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social, ou seja,

quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-o da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições.¹⁸

A separação de poderes, pois, nada mais é do que a divisão de funções num Estado de Direito, criada unicamente para manter um Estado mínimo, há muito ultrapassado. Todavia, “a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais”.¹⁹

Observa-se, ainda, que o princípio da separação dos poderes tornou-se mais um formalismo do que uma realidade concreta, eis que

a análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.²⁰

¹⁶ Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos bem explica as diferenças entre poder, função e órgão, esclarecendo que o poder é sempre um só, qualquer que seja a forma por ele assumida, sendo que todas as manifestações de vontades são emanadas em nome do Estado. Já as funções constituem um modo particular e caracterizado de o Estado manifestar a sua vontade. E os órgãos do Estado, por sua vez, são instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição (op. cit., 1994, p. 297-298).

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 216.

¹⁸ Ibidem, p. 216.

¹⁹ Ibidem, p. 220-221.

²⁰ Ibidem, p. 220.

Também deve ser dito que a teoria da separação de poderes sempre serviu para manter o poder político nas mãos de poucos, e que jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado, pois

a sociedade plena de injustiças criadas pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam *de fato* com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação de poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo.²¹

Hoje, o Estado Democrático de Direito e as novas concepções de mundo demonstram a total inadequação desta teoria no mundo contemporâneo, pois

Desde porém que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contrassensos na vida da instituição que se renovam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estreitíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio.²²

O princípio da separação de poderes deve ser visto, então, como uma técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, em íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque uma separação absoluta ou intransponível.²³

A divisão de funções, e não separação de poderes, é importante para possibilitar a eficiência do Estado na busca da democracia substancial e da garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais.

Ora, não só o princípio da separação de poderes é anacrônico, como a própria tripartição de poderes, vale dizer, a forma das funções do Estado, que é uma mera construção ideológica, não científica, meramente relativa e, pois, passível de séria crítica.²⁴ Tal distinção não possui caráter de exclusividade,

²¹ *Ibidem*, p. 220.

²² BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, 1999, p. 146.

²³ Esclarece Paulo Bonavides que: “Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização do poder. Como arma dos conservadores, teve larga aplicação na salvaguarda de interesses individuais privilegiados pela ordem social” (*Ibidem*, p. 147).

²⁴ Neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari esclarece que muitos outros pensadores, antes de Montesquieu, já anotavam a separação de poderes, cada qual a seu modo. Neste sentido, baseado no Estado inglês de seu tempo, John Locke, no século XVII, apontou “a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todos as questões que devessem

apenas indicando determinados tipos básicos do modo de cumprimento das tarefas estatais, não contendo, assim,

circunscrição definitiva das funções constitucionais, senão deixa espaço para outras, como, por exemplo, a de controle, a de cooperação dos partidos políticos na formação da vontade política ou a de formação e a de atividade da opinião pública. Ela deve, também com vista às funções individuais, somente em um sentido que tipifica ser entendida, porque o cumprimento apropriado das tarefas não admite traçamento de limites rígido.²⁵

De fato,

é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.²⁶

Para autores como Loewenstein,²⁷ sugere-se, hoje, uma nova tripartição das funções do Estado, que se apelida de “policy determination”, “policy execution” e “policy control”, afastando-se da teoria tradicional de separação de poderes.

A própria teoria de Montesquieu apresenta um ponto obscuro, ao indicar as atribuições de cada um dos poderes, eis que

ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo “das coisas que dependem do direito das gentes” e outro poder executivo “das que dependem do direito civil”. Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz que por ele o Estado “pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”. E acrescenta: “chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado”. O que se verifica é que Montesquieu, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse.²⁸

Dessa forma, o que há são funções distintas do poder estatal,²⁹ e não separação de poderes, sendo essas funções cada vez maiores e mais complexas

ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como ‘o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras’ (op. cit., p. 217).

²⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 371.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, op. cit., p. 118.

²⁷ Ibidem, p. 119.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 218.

²⁹ Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999) explica que: “O Estado concebe-se como ordenação de várias funções constitucionalmente atribuídas aos vários órgãos constitucionais. ‘Repartida’ ou ‘separada’

quanto o é a própria sociedade³⁰. A fórmula da separação de poderes, pois, tornou-se inadequada “para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*)”.³¹

O Estado Democrático de Direito é um Estado interventor, preocupado com a democracia e os Direitos Fundamentais. Por isso,

as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.³²

A Constituição portuguesa de 1976, por exemplo, já não utiliza a palavra “poderes” para designar os órgãos de Estado. Alude, somente, a “órgãos de soberania”, eis que “os poderes são sistemas ou complexos de órgãos aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções”,³³ enquanto, na Alemanha, se fala em órgãos especiais.³⁴

E se o sistema de separação de poderes foi, na sua época, uma forma de contenção do poder do Estado, contra o arbítrio e o abuso de poder, hoje tal tarefa cabe primordialmente aos Direitos Fundamentais, devidamente constitucionalizados, e a um Judiciário realmente independente, e, por que não dizer, ao Ministério Público, pela suas especiais atribuições.³⁵

aparecer-nos-á a *actividade* do Estado e não o *poder* do Estado e a resultante desta divisão não é a existência de vários poderes mas uma diferenciação de funções do Estado” (p. 510).

³⁰ Em princípio, as Constituições contemporâneas ainda identificam, em regra, as funções legislativas, administrativas e jurisdicionais. Mas, consoante refere José Joaquim Gomes Canotilho: “Estas funções surgem como *funções fundamentais*, sem qualquer ‘carácter de exclusividade’ (K. Hesse), pois aos órgãos de soberania vêm a caber outras funções constitucionais (funções de governo, funções militares, funções de planificação). Essas outras funções a que se acabou se aludir são muitas vezes remetidas para enigmáticos e a-constitucionais poderes (‘quarto poder’, ‘quinto poder’, ‘instituições autónomas’) mas estes poderes, ‘ao lado’ ou ‘fora’ de um enquadramento normativo-constitucional, são hoje reconhecidamente incompatíveis com o Estado democrático-constitucional” (Ibidem, p. 515).

³¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 370.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 222.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 503.

³⁴ HESSE, Konrad, op. cit., p. 371.

³⁵ Para Celso Ribeiro Bastos, o Ministério Público só se torna a instituição por nós conhecida a partir do Estado de Direito, e só “A partir de então, fixada a sua posição de órgão defensor da sociedade e não do Rei, o Ministério Público começa a sofrer as consequências das vicissitudes por que passa o próprio Estado, liberal no século XIX, parcialmente intervencionista no século XX, até o momento atual, marcado pelo recuo do *Welfare State* em benefício de políticas mais liberais no campo económico e social. De qualquer sorte o Estado remanesce uma entidade tão complexa que,

Ora, se cabe ao Ministério Público brasileiro a proteção dos Direitos Fundamentais e a defesa da própria democracia, como mencionado no artigo 127, *caput*, da Lei Maior, bem como “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”, consoante determina o artigo 129, inciso II, da mesma Carta Magna, determinando-se, assim, um verdadeiro controle sobre os demais Poderes de Estado, claro está que o Ministério Público possui rara e especial relevância no cenário brasileiro.³⁶

Poder-se-ia, assim, até mesmo pensar o Ministério Público como um Poder de Estado, já que a tripartição dos poderes não é científica e, sim, ideológica, ainda mais que possui a Instituição tarefa constitucional de controle sobre os demais poderes. Todavia,

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 Valladão. 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.³⁷

mesmo dele se abstraindo a atividade econômica – que melhor cabe nas mãos dos particulares –, a ele incumbem funções extremamente acrescidas em razão, inclusive, do próprio crescimento da interferência recíproca dos problemas de um Estado em outro. O crime demanda um combate internacionalmente organizado. O terrorismo *idem*. O mesmo acontece com a defesa da ecologia. Nesses, e em muitos outros pontos, o Estado não pode olhar somente para o limite do seu território, mas é obrigado a perscrutar o caminho por que segue o próprio mundo, não perdendo oportunidade de insinuar-se nas grandes correntes do comércio internacional, assim como fazer escolhas corretas no que diz respeito à sua integração em blocos econômicos. Não se quer com isso dizer que o Ministério Público tenha por função interferir em todos esses assuntos, mas sim deixar certo que a própria sociedade se tornou mais complexa, fato ao qual a ordem jurídica não se pode manter indiferente, daí o surgimento dos direitos difusos, dos direitos coletivos, esferas nas quais o Ministério Público ganha, sem dúvida, dimensões que não tinha no passado” (op. cit., 1988, p. 3).

³⁶ E sendo um controle dos demais “poderes”, facilmente poderíamos chegar à concepção de ser o Ministério Público um verdadeiro “poder” moderador, ou seja, um “poder” garantidor das regras democráticas. Nesse sentido, Paulo Bonavides refere que isso já ocorreu no Brasil, na época da monarquia, através do Imperador, e, muitas vezes, pelo papel do Exército brasileiro, antes, é claro, de 1964 (op. cit., 1999, p. 144-146).

³⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. O Ministério Público no estado moderno. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 40, jan./jun. 1998, p. 108.

Tais questões, porém, não são verdadeiramente importantes, eis que, como se viu, a separação de poderes é um dogma a ser superado, eis que não mais condizente com a nossa realidade, com o novo Estado Democrático de Direito, salvo para, assim como os demais “poderes”, ser o Ministério Público definitivamente perpetuado no sistema constitucional brasileiro, e impedindo-se, de maneira categórica, eventuais desejos sub-reptícios de extinguir ou, mesmo, enfraquecer a instituição.

Veja-se que a Carta Constitucional determina, na *caput* do seu artigo 127, que a instituição do Ministério Público é permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, inclusive, crime de responsabilidade os atos do Presidente da República contra o livre exercício da Instituição, consoante preconiza o artigo 85, inciso II, da Carta Magna.³⁸

Sendo sua função constitucional a defesa da ordem jurídica e o regime democrático, a Instituição faz parte do sistema político brasileiro, razão pela qual, sem o Ministério Público, desnaturadas estariam a democracia e a própria ordem jurídica.

Logo, não é de graça que os membros do Ministério Público brasileiro³⁹ tenham as mesmas garantias constitucionais dos magistrados (independência

³⁸ Hugo Nigro Mazzilli esclarece o assunto com exatidão: “Se tecnicamente, porém, não há despropósito em falar do Ministério Público como órgão que exerce funções administrativas, nem por isso deixou o constituinte de 1988 de sentir a conveniência de dar *status* constitucional próprio à instituição, ainda que sem se ater à rígida divisão atribuída a Montesquieu. Sabe-se que a divisão tripartite do Poder é antes política e pragmática do que científica. Ora, na verdade, pouca ou nenhuma importância teria colocar-se o Ministério Público dentro de qualquer Poder do Estado, ou até utopicamente erigi-lo a um quarto poder (como aventou Valladão), a fim de que, só por isso, se pretendesse conferir-lhe independência. Esta não decorrerá basicamente da colocação do Ministério Público neste ou naquele título ou capítulo da Constituição, mas primordialmente dependerá das garantias e instrumentos de atuação conferidos à Instituição e a seus membros, bem como e principalmente será consequência direta da maneira pela qual os membros da instituição exercem seu misteres, a qual será mais ou menos comprometedora para o verdadeiro interesse público, mais ou menos próxima dos interesses do governo, dos políticos e dos governantes, conforme seja a independência nominal da instituição, mas a independência moral dos agentes do Ministério Público. De qualquer forma, porém, a solução que nos parece a melhor, justamente para contribuir de forma pragmática com esse desiderato de autonomia e independência da Instituição, não é erigir o Ministério Público a um suposto ‘quarto poder’, nem colocá-lo dentro dos rígidos esquemas da divisão tripartite. Consiste, antes, em inseri-lo em título ou capítulo próprio, ou seja, como o fez a Constituição de 1988” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 113).

³⁹ Os membros do Ministério Público, inclusive, são considerados, pelo saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991), como *agentes políticos do Estado*, assim como os Chefes de Executivo, os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores) e os membros do Poder Judiciário (magistrados em geral), entre outros, eis que “são componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na

funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio – artigos 127, § 1º, e 128, § 5º, inciso I, da Carta Magna de 1988), e nem que a instituição tenha autonomia funcional, administrativa e financeira (artigo 127, §§ 2º e 3º, da Lei Maior).⁴⁰

Por tudo isso, o Ministério Público recebeu do constituinte de 1988 igual importância jurídica que os chamados “poderes de Estado”,⁴¹ ainda que assim não tenha sido nominado expressamente (art. 2º da Lei Maior), o que nos leva a acreditar que não pode a Instituição ser abolido da Carta Constitucional por emenda constitucional, consoante a disposição do artigo 60, § 4º, da Lei Maior brasileira, até mesmo pelo princípio constitucional da vedação do retrocesso histórico.

Hoje, no Estado contemporâneo, e consoante o perfil constitucional da instituição brasileira, única no mundo, pode-se dizer que as funções do Ministério Público, ainda que mais de natureza administrativa, não se enquadram em qualquer das funções tradicionais do Estado, sendo, pois, de natureza *sui generis*.⁴²

Constituição e em leis especiais. Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao *regime jurídico* único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. Os *agentes políticos* exercem funções governamentais, judiciais e quase judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as *autoridades públicas supremas*, do Governo e da Administração, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição” (p. 67-69).

⁴⁰ Assim como o Poder Judiciário, a instituição do Ministério Público elabora sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, recebendo em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, inclusive créditos suplementares e especiais, até o dia vinte de cada mês, sem vinculação a qualquer tipo de despesa (art. 127, § 3º, da Constituição Federal, c/c art. 4º da Lei nº 8.625/93). Também detém a iniciativa do processo legislativo destinado não só à criação e extinção de seus cargos e de seus serviços auxiliares, como ainda à organização da própria instituição (art. 128, § 5º, da Constituição Federal). Cabe, assim, ao Ministério Público: praticar os atos próprios de gestão; praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa de seu pessoal ativo e inativo, tanto da carreira como dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; prover os cargos iniciais de carreira e dos serviços auxiliares, etc. (Lei nº 8.625/93).

⁴¹ Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos, referindo-se ao Ministério Público declara: “O que parece contudo indubitado é que o grau da sua autonomia e prerrogativas tem características das de um autêntico Poder” (op. cit., 1994, p. 356).

⁴² Nesse sentido, ver Eduardo Ritt (*O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002), onde é abordado mais profundamente o assunto, inclusive após um estudo entre diversas instituições similares no mundo, numa análise de direito comparado, concluindo-se que a natureza *sui generis* do Ministério Público brasileiro é fruto, justamente, da visão do constituinte no sentido de criar um ente estatal forte e independente para agir em nome da sociedade, na transformação social pretendida e estabelecida pela Carta Magna de 1988.

Não tem o Ministério Público função legislativa, pois não legisla. Não possui função judicial, eis que não julga (e ainda possui várias atividades extrajudiciais⁴³). E não tem função administrativa, eis que não administra (em sua atividade fim, é claro), ainda que tenha função de aplicação da lei (como o próprio Judiciário também o tem).

Possui, sim, função fiscalizadora⁴⁴ e de controle,⁴⁵ em defesa da sociedade (e não do governo)⁴⁶, utilizando-se, para tanto, de meios próprios⁴⁷ e judiciais.⁴⁸

A conclusão de que o *Parquet* brasileiro é órgão independente e autônomo é incontestável, diante do regime jurídico que desfruta, distinto dos demais chamados “poderes” do Estado, porém, qualitativamente equivalente ao regime jurídico-constitucional de tais órgãos, eis que, embora não esteja o Ministério Público incluído expressamente entre aqueles, encontra-se estrutura-

⁴³ Nesse sentido, Sérgio Gilberto Porto demonstra que, apesar de ter sido apontado constitucionalmente como função essencial à Justiça, o Ministério Público desempenha muitas outras atividades extrajudiciais, fora da própria Justiça: “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 delegacia 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 que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas” (op. cit., p. 111).

⁴⁴ Para Márcio Antônio Inacarato, em seu texto publicado em 1969, já previa: “Como se trata de uma das mais recentes instituições integrantes do Estado moderno (se não a mais recente), não obstante venha sofrendo modificações e transformações sempre no sentido de lhe garantir maior estabilidade, e ao mesmo tempo maior maleabilidade para agir, ainda não se pode afirmar com segurança que o seu destino seja o alinhar-se numa das três formas acima citadas, ou que, conforme pensamos, atinja seu *status* definitivo de uma forma mais coerente e mais adequada, impondo-se finalmente como um órgão da soberania do Estado, como um quarto poder, – o Poder Fiscalizador –, com poder de ação na esfera dos três outros” (O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 66, p. 81-131, jul./ago./set. 1969, p. 98).

⁴⁵ Nesse sentido, Aristides Junqueira Alvarenga explica que o Ministério Público participa do sistema de freios e contrapesos, em defesa da democracia e da cidadania, no sentido de evitar o abuso de poder e a quebra de harmonia entre os “poderes”. Para tanto, utiliza-se da ação direta de inconstitucionalidade e da representação de inconstitucionalidade (As limitações constitucionais dos três poderes e o papel do Ministério Público. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990, p. 73-78). No mesmo sentido, Moraes, Alexandre de, op. cit., 2005, p. 370-371.

⁴⁶ Por isso é vedado ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, consoante o artigo 129, inciso IX, da Carta Magna de 1988, até porque cabe tais funções à Advocacia Pública da União e à Procuradoria do Estado, consoante o artigo 131 e seguintes da Lei Maior. Portanto, o *Parquet*, ao contrário da maioria das instituições similares alienígenas, possui a função de defesa da sociedade, e não do governo, o que demonstra a importância da instituição nacional para a democracia e os direitos fundamentais.

⁴⁷ E o faz através de expedientes administrativos e do inquérito civil público, possuindo, para tanto, poder de requisição e notificação, nos termos do artigo 129, inciso VI, da Lei Maior.

⁴⁸ Através da ação penal pública privativa, da ação civil pública, do mandado de segurança, etc.

do, em tudo e por tudo, de modo idêntico, no que diz respeito a autonomias, garantias e prerrogativas. Logo, o Ministério Público, com seu posicionamento constitucional peculiar e especial, só encontra assemelhação com o Executivo, o Judiciário e o Legislativo.

Além disso, a Instituição não foi incluída em qualquer dos “poderes”, eis que está previsto em local próprio na Carta Magna de 1988 (no Capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça”),⁴⁹ contando, como antes mencionado, com autonomia funcional, administrativa e financeira.⁵⁰ Por isso, não resta dúvida que a previsão contida no artigo 85, inciso II, da Carta Magna, que estabelece ser crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra a Constituição Federal e, em especial, contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do *Ministério Público* e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação, é afirmação incontestável que o Ministério Público não é órgão do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, eis que se

fosse ele órgão destes dois últimos Poderes, não precisaria ser mencionado à parte, uma vez que bastaria a referência aos Poderes. E se integrasse o Poder Executivo, dada a hierarquia inerente a este Poder, prevista no art. 84, inc. I da Constituição Federal, também seria inconcebível a Carta Magna dizer que caracteriza crime de responsabilidade, por parte do Chefe do Executivo, atentar contra o “livre exercício do Ministério Público”, pois, como é notório, quem está hierarquizado e vinculado a determinado Poder não tem “livre exercício”.⁵¹

Em realidade, Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como o Ministério Público, no sistema brasileiro, podem ser considerados, todos, como órgãos de soberania do Estado, como bem expõe a Carta Constitucional portuguesa de 1976, mais exatamente como órgãos constitucionais de soberania,⁵² que são aqueles:

⁴⁹ Ainda que, no Capítulo IV do Título IV da Carta Constitucional de 1988, o Ministério Público esteja acompanhado da Advocacia Pública e da Defensoria Pública como demais instituições essenciais à Justiça, claro está que não é apenas a posição constitucional que determina a natureza jurídica do Ministério Público, mas suas tarefas constitucionais, sua importância no Estado Democrático de Direito, na defesa da democracia, da ordem jurídica e dos Direitos Fundamentais, e suas garantias e prerrogativas. Neste sentido, é a lição de Clève, Clèmerson Merlin. O Ministério Público e a reforma constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 692, jun. 1993, p. 22.

⁵⁰ Até porque o Ministério Público precisa ter autonomia e independência, pois só assim poderá exercer a fiscalização e o controle sobre os demais “poderes”, nos termos de sua atribuição constitucional.

⁵¹ BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do estado e seu posicionamento constitucional. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990, p. 106-107.

⁵² Também Celso Ribeiro Bastos define o Ministério Público brasileiro como um órgão constitucional, “porque previsto e imposto na Constituição...” (op. cit., 1988, p. 11). Todavia, para José Joaquim Gomes Canotilho, todos os órgãos previstos na Carta Magna são órgãos constitucionais. Todavia, para ele, há os órgãos constitucionais de soberania, que são, em síntese, muito mais restritos e importantes do que os demais órgãos constitucionais, eis que os primeiros são, não só formalmente constitucionais como os últimos, mas também materialmente constitucionais, moldando a própria forma do Estado (op. cit., p. 522).

(1) cujo *status* e competências são imediata e fundamentalmente “constituídos” pela constituição; (2) que dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. O facto de o seu *status* e competência derivar directamente da constituição leva os autores a considerá-los como *órgãos imediatos*. Não basta, pois, que eles sejam “mencionados” na constituição; as suas competências e funções devem resultar, no essencial, da lei fundamental.⁵³

A ideia de órgãos constitucionais de soberania, muito bem trazida pelo mestre português José Joaquim Gomes Canotilho, significa, em especial,

que a eles pertence o exercício do poder (*autoritas, majestas*) superior do Estado, quer na sua dimensão externa (relativamente a outros Estados e poderes soberanos) quer na sua dimensão interna (frente a outros ‘centros de poder’ internos). Daqui se deduz também que os órgãos constitucionais de soberania além de *derivarem imediatamente* da constituição são *coessenciais* à caracterização da forma de governo, constitucionalmente instituída. Ao contrário de outros órgãos constitucionais, previstos na lei fundamental mas que não concorrem para a configuração da forma de governo, a alteração ou supressão dos órgãos constitucionais da soberania implica a própria transformação da forma de governo. Por isso se afirma que “são órgãos definidores da forma política em concreto: forma de Estado, regime político, sistema de governo” (J. Miranda).⁵⁴

E o Ministério Público brasileiro possui não só competências fundamentalmente constituídas pela Constituição, de natureza eminentemente constitucionais (além de independência e autonomia), mas, também, uma parcela da soberania do Estado, pois é dele, por exemplo, a titularidade privativa da ação penal pública, consoante o artigo 129, inciso I, da Carta Magna, sendo dele, portanto, a última palavra em matéria de ação penal. Assim, é a Instituição quem, por derradeiro, efetuará, ou não, a denúncia, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, sem ingerência do Poder Judiciário ou de quem quer que seja.

É claro que os órgãos constitucionais de soberania não são totalmente independentes – e nenhum o é,⁵⁵ pois possuem uma posição equiordenada,⁵⁶ ou

⁵³ Ibidem, p. 522.

⁵⁴ Ibidem, p. 522.

⁵⁵ No Brasil, especificamente, o Poder Judiciário sofre o controle fiscal do Legislativo, através do Tribunal de Contas, bem como a interferência do Executivo, que nomeia os integrantes dos Tribunais Superiores e do quinto constitucional. O Executivo, por sua vez, é fiscalizado pelo Legislativo e sofre os julgamentos de seus atos pelo Judiciário. O Legislativo, ainda, sofre as influências do Executivo, nos vetos e em outras questões. E o Ministério Público, que fiscaliza os demais, sofre a fiscalização do Tribunal de Contas, o julgamento de seus atos pelo Judiciário e a influência do Executivo na nomeação da sua chefia administrativa. Tudo isso ocorre sem que haja hierarquia ou subordinação, mas sim uma relação de paridade e de mútuo controle.

⁵⁶ Para José Joaquim Gomes Canotilho: “Todos os órgãos constitucionais de soberania são ‘poderes constituídos’ igualmente ordenados pela Constituição. Não se quer dizer com isto que a lei fundamental não estabeleça relações de controle e interdependência. Assim, por ex., os órgãos do ‘poder

seja, “considera-se a todos como órgãos constitucionais de soberania e, por isso, as relações intercorrentes entre órgãos que exercem funções de soberania são relações de paridade e não relações de ‘infraordenação’ ou de ‘subordinação’”.⁵⁷

Tal conceituação, não se pode olvidar, está muito mais próxima da atualidade constitucional do mundo contemporâneo do que da velha teoria da separação de poderes, mesmo ainda dogmatizada – pelo menos nominalmente – na Constituição de 1988.

Sendo, assim, o Ministério Público brasileiro alcança, pelo próprio conteúdo da Lei Maior, uma equiparação jurídico-constitucional com os demais “Poderes”, fazendo parte do sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático brasileiro, com uma das funções mais altas da soberania nacional.

Outrossim, observa-se que a regra do artigo 5º, § 2º, da Lei Fundamental de 1988, consagrou o princípio de que, para além do conceito formal de Constituição, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, mesmo não constando do catálogo.⁵⁸ Nesse contexto, “importa salientar que o rol do referido art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo”,⁵⁹ ao contrário da Constituição portuguesa, por exemplo, que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limitou a mencionar a possibilidade de outros Direitos Fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, pois

a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do “catálogo”, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema.⁶⁰

judicial’ estão submetidos às leis da AR e decretos-leis do Governo (art. 203º); o Governo depende da AR no que respeita ao exercício da função legislativa relativamente a certas matérias (cfr. arts. 164º e 165º); os órgãos com competência legislativa (AR, Governo, Assembleias Regionais) estão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade das leis pelo Tribunal Constitucional (arts. 223º, 277º e segs.)” (op. cit., p. 522-523).

⁵⁷ Ibidem, p. 523.

⁵⁸ Para José Joaquim Gomes Canotilho: “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais formalmente constitucionais*, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. art. 16º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados *direitos materialmente fundamentais*. Por outro lado, trata-se de uma ‘norma de *fattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positivamente concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação ou da cláusula aberta*” (Ibidem, p. 379).

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 91.

⁶⁰ Ibidem, p. 98.

Isso resulta que há direitos implícitos e decorrentes⁶¹, justamente, dos princípios constitucionais (preâmbulo e artigos 1º a 4º da Lei Maior) e do regime estatal, vale dizer, dos princípios republicanos e da forma de associação política (democracia social) brasileira, ou, em síntese, do Estado social e democrático de Direito assumido pela nossa Constituição.⁶²

Portanto, o que se conclui é que o conceito materialmente aberto de Direitos Fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da atual Carta Constitucional brasileira,

é de uma amplitude ímpar, encerrando expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.⁶³

Logo, não há como negar que a instituição do Ministério Público, pela importância que adquiriu no Estado Democrático de Direito, como guardião da democracia e dos Direitos Fundamentais, ainda que esteja fora do catálogo dos direitos e garantias, mas nos termos da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Lei Fundamental, foi erigido à Garantia Institucional Fundamental,⁶⁴ por apresentar um papel instrumental em relação aos Direitos Fundamentais.⁶⁵

O Ministério Público, assim, não pode ser classificado como um Direito Fundamental, mas sim – em razão do *status* jurídico conferido pela Carta Magna, de defensor do regime democrático e dos Direitos Fundamentais – como uma verdadeira Garantia Institucional Fundamental, eis que serve como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos so-

⁶¹ MORAES, Alexandre de, op. cit., 2005, p. 106-107.

⁶² Para Sarlet, Ingo Wolfgang, a abrangência da concepção materialmente aberta dos Direitos Fundamentais na Carta de 1988 envolve tanto os direitos e garantias individuais como os direitos e garantias sociais (op. cit., p. 99).

⁶³ Ibidem, p. 89-90.

⁶⁴ Para uma análise mais aprofundada sobre a questão das Garantias Institucionais, ver ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999. 236 p.

⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet explica que: “Para além destes aspectos, verifica-se que a distinção traçada entre os direitos e as garantias fundamentais pertence à tradição do direito constitucional luso-brasileiro. Neste contexto, a doutrina ainda hoje busca inspiração na obra de Ruy Barbosa, para quem – em comentário dirigido à Constituição de 1891 – é possível distinguir as disposições constitucionais meramente declaratórias, que positivam os direitos e a estes reconhecem existência legal, das de natureza assecuratórias, que protegem os direitos e limitam o poder, ressaltando, ainda, que ambas podem estar contidas no mesmo dispositivo constitucional. Neste sentido, as garantias – de acordo com a formulação de Ruy – podem ser consideradas como as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos do poder. Sob a égide da Constituição de 1988, esta lição continua encontrando ampla receptividade no seio da doutrina” (op. cit., p. 193).

ciais,⁶⁶ e, nesse sentido, possui “a mesma dignidade jurídico-constitucional”⁶⁷ que os Direitos Fundamentais.⁶⁸

Mas, além disso, a instituição do Ministério Público brasileiro não só é instrumento para a proteção e efetivação dos Direitos Fundamentais, como, ainda, é garantia da própria Constituição e de seus princípios. Trata-se, pois, de uma Garantia Constitucional⁶⁹ e, ao mesmo tempo, institucional, pois se caracteriza pela “proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.⁷⁰

Nesse sentido,

encontramos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição também algumas garantias institucionais típicas. Estas – de acordo com a tradição da publicística latino-americana – costumam ser enquadradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, ao menos no direito pátrio, um tratamento autônomo e sistemático. *Também no direito luso-brasileiro, as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.* Esta concepção radica nas formulações originais dos juristas da época de Weimar M. Wolf e, principalmente, C. Schmitt, tendo como elemento comum o

⁶⁶ Para CANOTILHO, José Joaquim Gomes: “Os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação de direitos sociais. A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, económicos e políticos” (op. cit., p. 445).

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 194.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, explica o que implica o reconhecimento constitucional de uma garantia institucional: “A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (p. 497).

⁶⁹ Neste sentido, Jorge Miranda (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996) explica a necessidade de garantir a Constituição. Para ele, a Constituição traz consigo uma limitação nova e envolve todo um modo de ser concebido o poder, onde se plasma um determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos a vem justificar e criar. A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. E o Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais. Por isso, a Constituição deve ser garantida, através das garantias jurídicas, que também são normas jurídicas que recebem da própria Constituição um poder ou uma função para atuar na proteção da própria Constituição (p. 17, 30, 33, 171 e 210).

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1998, p. 492.

reconhecimento da necessidade de resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes públicos (grifo nosso).⁷¹

E, por isso,

faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado. Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a *garantia constitucional* é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.⁷²

E como Garantia Institucional Fundamental que é,⁷³ o Ministério Público “encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional”,⁷⁴ tornando-se, sem dúvida, matéria que deve estar e não pode deixar de estar normativamente contemplada no texto constitucional, naquilo que é chamado de reserva de constituição, como núcleo duro da Lei Fundamental, e, conseqüentemente, não pode ser retirado do texto constitucional.⁷⁵

Em realidade, os Direitos Fundamentais não teriam nenhum valor se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. Não bastaria a declaração de novos direitos se não fossem criadas garantias para assegurar a tutela específica desses direitos, tornando-os acionáveis, atribuindo-lhes a vestimenta processual adequada. As garantias, assim,

mais não são do que técnicas criadas pelo ordenamento para reduzir a divergência estrutural entre normatividade e efetividade, e portanto para realizar a máxima efetividade dos direitos fundamentais em coerência com a sua estatuição constitucional.⁷⁶

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 195.

⁷² BONAVIDES, Paulo, op. cit., 1998, p. 492.

⁷³ Neste sentido, é a conclusão já referida em RITT, Eduardo, op. cit., p. 176, e também por SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 197.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 197.

⁷⁵ E é José Joaquim Gomes Canotilho quem explica mais claramente tal ideia de reserva de constituição. Para ele, “as *experiências constitucionais* vêm revelando os núcleos duros dessas matérias. É o caso do catálogo dos direitos, liberdades e do estatuto constitucional dos órgãos do poder político, tal como já o assinalava incisivamente o art. 16^º da *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789. Nos tempos mais recentes a reserva de constituição é abordada em sede de teoria da justiça a partir da ideia de *dimensões constitucionais essenciais* (*the Idea of Constitutional Essentials*). Esta ‘essência constitucional’ é constituída pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político (poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, princípio da regra da maioria) e pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão que as maiorias legislativas devem respeitar” (op. cit., p. 1067).

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 100.

Este é, pois, o papel do Ministério Público brasileiro: dar a máxima efetividade aos Direitos Fundamentais, especialmente aos direitos sociais,⁷⁷ razão pela qual deve ser salvaguardada dos eventuais ataques legislativos.⁷⁸

Observa-se, ainda, que o acesso à justiça, no Brasil, é um Direito Fundamental, consoante o artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental de 1988. Para que esse acesso seja concretizado, é necessário que sejam criadas garantias, como a criação de órgãos judiciários e processos adequados (Direitos Fundamentais dependentes da organização e procedimento),⁷⁹ assegurando prestações tendentes a evitar a denegação da justiça. Cabe parte dessa tarefa ao Ministério Público, eis que criado para possibilitar que os direitos humanos sejam efetivamente protegidos.⁸⁰

Merece destaque, ainda, a vinculação do poder público aos direitos e garantias fundamentais, ou seja, todos os poderes públicos devem respeitar o âmbito de proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais, renunciando, em regra, às ingerências. E, ainda mais, os Direitos e Garantias Fundamentais vinculam o próprio legislador, numa dupla dimensão. No sentido positivo, implica ao legislador um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de Direitos Fundamentais e um dever de realização desses; e no sentido negativo (ou proibitivo), a vinculação ao legislador impede que este edite atos legislativos contrários às normas de Direitos Fundamentais,⁸¹ bem

⁷⁷ Luis Roberto Barroso (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996) salienta a necessidade de garantias políticas e jurídicas para efetivar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna, pois para “as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias. Vale dizer: devem existir instrumentos e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma” (p. 232), o que demonstra a importância objetiva do Ministério Público nacional.

⁷⁸ É importante a citação do conteúdo do famoso Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, publicado no Diário da República daquele país, em 5 de maio de 1984, inteiramente cabível para bem localizar o Ministério Público nacional como uma garantia institucional fundamental. Naquele caso, a Constituição portuguesa estabeleceu, como direito fundamental, o direito à saúde, e, mais, ainda, como garantia de efetividade deste direito, determinou a criação de um serviço nacional de saúde como obrigação do Estado. Ao momento em que este serviço é criado, por lei, o legislador ordinário limitou-se a dar cumprimento a uma obrigação constitucional do Estado. Se não a tivesse cumprido, o Estado teria incorrido em inconstitucionalidade por omissão. Mas ao cumprir, não pode mais voltar atrás e revogar a lei, eis que tal serviço de saúde é considerado como garantia institucional da realização do direito à saúde. No Brasil, a Constituição delega ao Ministério Público a proteção dos direitos coletivos e difusos, sendo uma garantia de efetividade destes direitos.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 468.

⁸⁰ Aqui importa observar a chamada segunda onda, mencionada por Cappelletti, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Tupinambá Pinto de Azevedo. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 354.

como impede o legislador de atuar no sentido de abolir ou tender a abolir normas de Direitos e Garantias.

Assim, os Direitos e Garantias Fundamentais são limites superiores⁸² ao poder de revisão constitucional, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, cuja disposição pode ser denominada como a “eficácia protetiva dos direitos fundamentais”:

Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quanto da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional. Aliás, consoante assinalado alhures, verificou-se que um dos elementos caracterizadores da fundamentalidade em sentido formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de terem os direitos fundamentais sido erigidos à condição de “cláusula pétrea”, integrando o rol do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Carta Magna, constituindo, portanto, limites materiais à reforma da Constituição.⁸³

Dessa forma, deve a instituição do Ministério Público, na condição de garantia dos Direitos Fundamentais⁸⁴, ser considerada autêntica cláusula pétrea,⁸⁵ não podendo ser abolida do texto constitucional, consoante o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Fundamental de 1988, disposição aplicável a todos os Direitos e Garantias Fundamentais positivados em nossa Constituição (inclusive os situados fora do catálogo), constituindo limite material à reforma constitucional, “já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade”,⁸⁶ ou seja, direitos individuais e sociais, e suas garantias, situados dentro e fora do catálogo.⁸⁷

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 994.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 371.

⁸⁴ E, neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho explica que: “A protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições” (op. cit., p. 373).

⁸⁵ Nesse sentido, Alexandre de Moraes explica que: “A reforma constitucional decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, uma vez que o legislador originário estabeleceu limites, correspondentes à cláusula de irreformabilidade da Constituição. Essas cláusulas são chamadas de pétreas, correspondentes ao núcleo imodificável da Carta Magna” (Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 38, jan./jun. 1997, p. 135).

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 172.

⁸⁷ É certo que os Direitos e Garantias Fundamentais não se encontram somente no art. 5º, da Constituição. Da mesma forma, consoante afirma Moraes, Alexandre de: “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, a garantia de independência funcional dos membros dos Poderes do Estado, Executivo, Legislativo, Judiciário, e, igualmente, dos membros do Ministério Público; além dos direitos políticos, previstos no art. 12 e segs., da Constituição Federal” (op. cit., 1997, p. 141).

E ainda que não se entenda que o Ministério Público tenha recebido o caráter de limite material expresso contra a ação do Poder Constituinte Reformador, por não ter sido nominado expressamente no artigo 60, § 4º, da Carta Magna, não se pode negar que pode ser considerado, de forma inequívoca, um limite material implícito à reforma constitucional, ou seja, um limite textual implícito,⁸⁸ deduzido do próprio texto constitucional, “considerando-se especialmente os princípios cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional”.⁸⁹ Ora, se a Instituição é essencial para o Estado Democrático de Direito e para a Constituição, não pode ser abolida do texto constitucional.⁹⁰ Assim sendo, “pode ser atribuída a mesma força jurídica dos limites expressos, razão pela qual asseguram à Constituição, ao menos em princípio, o mesmo nível de proteção”.⁹¹

E sendo essencial para a garantia dos Direitos Fundamentais, não só a instituição do “Parquet” propriamente dita torna-se uma Garantia Institucional Fundamental, mas sua independência e autonomia, e, especialmente, as garantias e prerrogativas dos seus agentes que, no mesmo diapasão, não podem ser objeto de emenda constitucional. Nesse sentido,

As garantias constitucionais dos membros do Ministério Público, e mais especificamente a *independência funcional*, a *vitaliciedade*, a *irredutibilidade* dos 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 *vitaliciedade*, a *irredutibilidade* de vencimentos e a *inamovibilidade*, transforma-se em garantias fundamentais da Constituição Federal, com o escopo de concretizar as liberdades públicas positivas previstas, principalmente no art. 5º, da Constituição Federal.⁹²

Portanto, e considerando que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 60, § 4º, inciso I, erigiu, como cláusula pétrea, a forma federativa, cujo contexto engloba, constitucionalmente, o regime democrático, tanto em relação às

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 995.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 384.

⁹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet apresenta exemplos de limites materiais implícitos, nos quais facilmente pode ser enquadrada a Instituição do Ministério Público: “Poder-se-á sustentar, na esteira deste entendimento, que todos os princípios fundamentais do Título I da nossa Constituição (arts. 1º a 4º) integram o elenco dos limites materiais implícitos, ressaltando-se, todavia, que boa parte deles já foi contemplada no rol das ‘cláusulas pétreas’ do art. 60, § 4º, da CF. A toda evidência, não se afigura razoável o entendimento de que a Federação e o princípio da separação dos poderes se encontram protegidos contra o Poder Constituinte Reformador, e o princípio da dignidade da pessoa humana não. Também as normas sobre o Poder Constituinte e sobre a reforma da Constituição costumam ser enquadradas na categoria dos limites implícitos” (Ibidem, p. 384).

⁹¹ Ibidem, p. 384.

⁹² MORAES, Alexandre de, op. cit., 1997, p. 141.

regras constitucionais para sua consecução, quanto às regras constitucionais para a sua fiscalização, e considerando, ainda, que o Ministério Público foi colocado como fiscal do regime democrático e da ordem jurídica,⁹³ também neste sentido o Ministério Público torna-se cláusula pétrea,⁹⁴ assim como as prerrogativas e garantias dos seus membros.⁹⁵

2 Ministério Público como agente de transformação social

Estabelecida a natureza constitucional do “Parquet” como Garantia Institucional Constitucional, o Ministério Público deve ser um canal claro de transformação social, sendo que

A busca da efetivação do direito social, pela via processual ou extraprocessual, deve levar o Ministério Público à realização do acesso aos direitos fundamentais a milhões de pessoas que vivem à margem do direito. O caminho do Ministério Público, como Instituição da sociedade, deve ser, também, o de efetivação da saúde pública, de questões relacionadas à educação, das questões agrárias, da real reabilitação dos apenados, da defesa dos discriminados, dos aposentados, dos portadores de deficiência etc.⁹⁶

O Ministério Público, portanto, recebe do Estado, através da Carta Magna de 1988, e por que não dizer, pela credibilidade social que conquistou, o reconhecimento como verdadeira instituição de controle do próprio Estado e verdadeiro promotor da transformação social.

Para tanto, a Instituição recebeu constitucionalmente autonomia e independência, e, seus membros, inúmeras garantias, obviamente para atuar como um efetivo advogado da sociedade, fomentador de mudanças sociais, devendo,

⁹³ Neste sentido, ver RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro e sua natureza jurídica: uma instituição como identidade própria. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-42.

⁹⁴ Neste sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 29.

⁹⁵ Para Alexandre de Moraes: “Alterar este sistema de controles, suprimindo funções controladoras ou mesmo garantias do Ministério Público, seria alterar o mecanismo de cooperação e controle desses poderes (Executivo/Legislativo/Judiciário) e da própria instituição do Ministério Público, em relação 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 hipertrofia do Poder Executivo. Lembremo-nos que a Separação de Poderes também é cláusula pétrea, devendo impedir, todavia, não só a supressão da ordem constitucional, mas ‘também qualquer reforma que altere os elementos fundamentais de sua identidade histórica’. As funções e garantias institucionais do Ministério Público, assim como já afirmado, igualam-se às imunidades e prerrogativa dos membros do Legislativo, Judiciário e do chefe do Poder Executivo, em defesa das garantias e direitos fundamentais do cidadão e da sociedade, do regime democrático e da própria Separação de Poderes, dentro da já citada teoria dos freios e contrapesos” (op. cit., 2005, p. 558-559).

⁹⁶ SILVA, Cláudio Barros. Seguridade social, controle social e o Ministério Público. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 34, 1995, p. 157.

então, manter contato direto com a sociedade, conhecer suas carências e procurar efetivar seus direitos, assumindo “o seu papel de transformação social”.⁹⁷

E o que será do Ministério Público, no futuro,

depende, basicamente, da ação de seus membros. Se os atuais componentes do quadro souberem atentar para a realidade na qual a Instituição está inserida, se souberem interagir com a sociedade, se souberem colaborar para a criação de padrões de comportamento eticamente justificados, se souberem, conscientemente, escolher lideranças em condições de modelar e conduzir os seus pares, aprenderá a Instituição a desenvolver-se de acordo com as exigências do presente e do futuro.⁹⁸

E daí decorre, certamente, a necessidade da mudança de postura institucional quanto a sua forma de agir.⁹⁹ Os membros do Ministério Público devem abandonar a praxe de sustentação do direito tradicional e sair de seus gabinetes com o fim de, em contato direto com a sociedade, conhecer suas carências e procurar efetivar seus direitos. Portanto, deve privilegiar sua atuação como órgão agente,¹⁰⁰ na busca da efetivação dos direitos sociais, pois este é,

⁹⁷ SILVA, Cláudio Barros. Necessidade de mudança de postura na intervenção do Ministério Público. Para a efetiva ação, deve o Ministério Público priorizar a qualidade frente à quantidade. Priorizar a ação diante da intervenção. Congresso Estadual do Ministério Público, 3., 1994, Canela. *Anais...* Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1994, Tese n. 75, p. 258.

⁹⁸ RIO GRANDE DO SUL. *Plano de Gestão (1999/2001) do Ministério Público*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 1999, p. 8.

⁹⁹ Para Antonio Augusto de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior, “É importante que os membros do *Parquet* tenham consciência das condicionantes históricas que determinam o âmbito, a natureza e o sentido de suas atribuições institucionais. Acompanhar a evolução do Direito e as mudanças sociais e conhecer a realidade brasileira – marcada pela pobreza e pelas desigualdades sociais – são pressupostos para a compreensão do atual papel político do Ministério Público, pois assim como ‘*não se organiza uma Justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais*’, da mesma forma não se pode conceber um Ministério Público desvinculado dos problemas nacionais” (FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com o seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 33).

¹⁰⁰ SILVA, Cláudio Barros, op. cit., 1994, p. 258. Mas aqui cabe uma advertência, eis que órgão agente não quer significar, apenas, uma posição de atuação como autor em ações públicas, como bem refere João Lopes Guimarães Júnior, que explica que: “Quando falamos no Ministério Público como órgão ‘agente’, não queremos referir-nos apenas a sua atuação perante o Judiciário, ajuizando a ação civil pública. Consideramos, outrossim, sua importantíssima atuação *extrajudicial*, talvez ainda não estudada e compreendida devidamente. A experiência ministerial na defesa dos direitos difusos e coletivos, embora recente, tem revelado que o acordo estabelecido no curso do inquérito civil, e mesmo antes de sua instauração, é opção mais rápida e eficaz tanto para a reparação como para a prevenção de danos e abusos. É fundamental, segundo nos parece, que o promotor tenha em mente que o Judiciário é a *última*, porém não a *única* via para a solução e prevenção de conflitos” (GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição*

com certeza, o caminho a ser seguido pelo Ministério Público, de forma prioritária. Para tanto, devemos mudar claramente de postura. Ou continuamos sendo produtores e mantenedores de um direito socialmente injusto, ou o Ministério Público assume o seu papel de transformação social.¹⁰¹

Na área criminal,¹⁰² por exemplo, deve o Ministério Público, através de seus membros, fiscalizar efetivamente a atividade policial, acionando o Estado para que melhore a estrutura policial, a fim de que seja o inquérito policial melhor elaborado, evitando-se o arbítrio e o abuso de poder e, assim, garantindo um processo mais rápido e justo, com maior proteção às liberdades individuais. Também deve estar mais bem aparelhado, material e pessoalmente, bem como especializar seus agentes, para combater realmente o crime organizado, o tráfico de drogas e os chamados “crimes de colarinho branco”, por serem crimes que efetivamente lesam a sociedade e o Estado. Atuar, nos processos criminais, tanto para combater o crime como para garantir as liberdades individuais, além de amparar as vítimas, através de ações civis de indenização, as testemunhas em perigo (através de projetos específicos) e os apenados e suas famílias, quando da execução da pena, inclusive acionando o Estado por falta de presídios adequados e dignos.

Na defesa da Constituição e das leis, deve o “Parquet” atuar na efetividade dos direitos sociais, em especial nas áreas de saúde e educação (para tanto, exigindo do Estado que aplique os recursos previstos constitucionalmente), bem como atuar na questão dos atos de improbidade administrativa e de abuso de poder público, reprimindo e buscando as respectivas indenizações ao erário público. Implementar, ainda, ações em relação às questões fundiárias e indígenas. Propor, ainda, ações protetivas aos direitos dos portadores de deficiência física e mental. Reprimir o abuso do poder econômico, político e administrativo no âmbito eleitoral, evitando, assim, que a democracia representativa seja agredida.

Na área da infância e da juventude, agir mais profundamente na promoção da educação infantil e do ensino fundamental, bem como no acesso à saúde, acionando o Estado para que isto seja uma realidade. Combater, ainda, a violência infanto-juvenil e, para tanto, exigir regular oferta de programas de atendimento socioeducativo, inclusive sob o aspecto material, e estimular e participar da implantação das medidas socioeducativas. Fiscalizar programas de abrigo e auxiliar na capacitação dos Conselhos Tutelares. Executar, mais

e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 147).

¹⁰¹ SILVA, Cláudio Barros, op. cit., 1994, p. 258.

¹⁰² Os exemplos de atividades que o Ministério Público deve exercer, explicitados a partir de agora, foram retirados, em grande parte, do referido *Plano de Gestão (1999/2001) do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, bem como dos temários e das teses de Congressos do Ministério Público.

ainda, programas de combate à venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes e à violência nos meios de comunicação.

Na área do meio ambiente e do consumidor, implementar políticas internas de especialização dos agentes ministeriais e de melhora das estruturas organizacionais, a fim de possibilitar uma melhor atuação frente aos referidos interesses coletivos e difusos.

Na área processual, fiscalizar mais efetivamente os processos de interesse público primário, inclusive tomando medidas para impedir a demora nos julgamentos.

Considerações finais

A destinação constitucional do Ministério Público, pois, é a guarda dos Direitos Fundamentais e a busca incansável da implementação efetiva dos direitos mais importantes do povo brasileiro, já que recebeu da Constituição Federal de 1988 a posição de Garantia Institucional Constitucional. Para tanto, o Ministério Público deve ser efetivamente um agente de transformação social.

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. As limitações constitucionais dos três poderes e o papel do Ministério Público. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990, p. 73-78.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1999. 236 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 479 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 396 p.

_____. Das funções essenciais à Justiça – do Ministério Público. In: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4, t. 4, p. 1-33.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 498 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 755 p.

_____. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 379 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 460 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

BURLE FILHO, José Emmanuel; GOMES, Maurício Augusto. Ministério Público, as funções do estado e seu posicionamento constitucional. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990, p. 86-108.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. de Tupinambá Pinto de Azevedo. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Ministério Público e a reforma constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 692, p. 20-30, jun. 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 307 p.
- FARIA, José Eduardo. A função social do Ministério Público. *Parquet: Relatório Anual*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, n. 1, 1990, p. 116-129.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com o seu atual perfil constitucional. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 19-35.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 314 p.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 125-142.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 576 p.
- INACARATO, Márcio Antônio. O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional. *Justitia*, São Paulo, v. 66, p. 81-131, jul./ago./set. 1969.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 266 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 700 p.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. 301 p.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s.d. 523 p. (Coleção Universidade de Bolso, 10711).
- MoraEs, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 918 p.
- _____. Garantias do Ministério Público em defesa da sociedade. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 38, p. 135-143, jan./jun. 1997.
- PINTO FILHO, Arthur. Constituição, classes sociais e Ministério Público. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual civil e criminal, legitimidade, ação civil pública, questões agrárias*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 66-89.

PORTO, Sérgio Gilberto. O Ministério Público no estado moderno. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 40, p. 107-116, jan./jun. 1998.

RIO GRANDE DO SUL. *Plano de gestão (1999/2001) do Ministério Público*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, 1999. 22 p.

RITT, Eduardo. O Ministério Público brasileiro e sua natureza jurídica: uma Instituição como Identidade Própria. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-42.

_____. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 208 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.

SILVA, Cláudio Barros. Necessidade de mudança de postura na intervenção do Ministério Público. Para a efetiva ação, deve o Ministério Público priorizar a qualidade frente à quantidade. Priorizar a ação diante da intervenção. Congresso Estadual do Ministério Público, 3., 1994, Canela. *Anais...* Porto Alegre: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1994, Tese n. 75, p. 253-258.

_____. Seguridade social, controle social e o Ministério Público. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 34, p. 144-160, 1995.

