

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PODER

*Francisco Dias Teixeira**

I – Introdução

I. A cogitação, no Brasil, acerca de um quarto órgão de exercício do Poder¹ pelo Estado, ao lado dos órgãos legislativo, executivo e judiciário, que seria a instituição por nós denominada *Ministério Público*, tem início muito antes da promulgação da Carta Política de 1988. Com efeito, já em 1914, Alfredo Valladão dizia em palavras que se tornaram antológicas:

“As funções do Ministério Público subiram, pois, ainda mais, de autoridade em nossos dias.

Ele se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado.

Se Montesquieu tivesse escrito hoje o ‘Espírito das Leis’, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a ‘Divisão dos Poderes’.

Ao órgão que ‘legisla’, ao que ‘executa’, ao que ‘julga’, um outro órgão acrescentaria ele – o que ‘defende’ a Sociedade e a Lei perante a Justiça, parte a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado!”²

Mas foi na década de 80, e mais intensamente durante as discussões em torno da nova ordem constitucional que se desenhava, que a expressão *quarto poder* tornou-se frequente, inclusive na mídia. Referia-se, porém, mais à corporação dos *promotores de justiça*, com sua luta por conquista de *espaço político* e de direitos e prerrogativas para

* Francisco Dias Teixeira é Procurador Regional da República em São Paulo e bacharel em Filosofia pela USP.

¹ Ao referir-me à *força política emanada do povo*, grafo Poder (“P”); quando referir-me à ação política exercida por um órgão do Estado, com vistas a dar efetividade àquela *força política*, grafo poder (“p”); ao referir-me ao órgão do Estado, nome de uma instituição, grafo Poder (“P”), seguido da especificação. V.g., Poder Legislativo.

² In “O Ministério Público no Tribunal de Contas”, trabalho publicado no *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 19 abr. 1914, ao qual tive acesso na biblioteca da Faculdade de Direito da USP. Um excerto desse trabalho foi publicado na *Revista dos Tribunais*, v. 225, p. 33-39, jul. 1954, sob o título “Ministério Público”.

É importante contextualizar esse artigo de Alfredo Valladão, que não teve origem espontânea nem finalidade doutrinária. Trata-se de uma resposta a um artigo anônimo, publicado no mesmo jornal, em sua edição de 8 mar. 1914. Nesse artigo, o autor anônimo critica um recurso interposto por Alfredo Valladão perante o Tribunal de Contas, objetivando (e obtendo) a cassação do registro de um contrato celebrado pela União com uma empresa particular, tido por irregular. O articulista anônimo sustentara que, em face da Lei n. 392, de 8 de outubro de 1896, que havia modificado as atribuições do membro do MP junto ao TC (antes, disciplinadas no Decreto n. 1.166, de 17/12/1892), deixando o membro do MP de integrar o TC, o papel daquele foi amesquinçado, deixando também de ser um representante do MP para ser um agente do Executivo, e, como tal, não tinha legitimidade para interpor o recurso. Alfredo Valladão, afora as considerações doutrinárias a respeito do papel do Ministério Público no plano da teoria do Estado, sustentou que, ao deixar de integrar o Tribunal, aquela autoridade não deixou de ser representante do MP; e, exatamente por não fazer parte do Tribunal, teve firmada a sua independência e elevada a sua função.

seus membros, de que propriamente a seu *poder real*, decorrente das competências desse órgão do Estado (e, conseqüentemente, não raro, era pronunciada em tom irônico).

Se, malgrado isso, verificou-se, naquela década, um ímpeto de proclamação dessa instituição como órgão de exercício de Poder estatal, consolidado na Carta Política de 1988 seu *status* que vinha sendo desenhado/reivindicado, pouco se tem analisado esse *status* em face da teoria da *separação de poderes*, e do paradigma da *tripartição* adotado expressamente em nossa Constituição. Ou seja: não se tem procurado dar resposta a essas duas perguntas: o Ministério Público co-participa do exercício do Poder, um dos principais objetos do regramento constitucional? Se participa, pode-se afirmar, então, que a Constituição de 1988 prevê um quarto órgão de exercício do Poder, superando a clássica tripartição?

Tem-se contornado essas questões com o bom argumento de que se trata de questão teórico-formal e irrelevante para o Ministério Público exercer suas funções, que são aquelas previstas na Constituição, independentemente da questão teórica, ora posta. Esta tem sido, predominantemente, a posição de seus membros que se dedicam a refletir e escrever sobre a instituição.

Fora da instituição, lê-se mais comumente o argumento segundo o qual a Carta Política adotou, expressamente, a separação tripartida do Poder (art. 2º), e, portanto, o Ministério Público, ainda que *órgão autônomo do Estado*, está adstrito a algum daqueles *Poderes*, ou, mais precisamente, ao Executivo. Outros afirmam que, ontologicamente, só existem três espécies de função no Estado: legislar, administrar e julgar.

Concordamos parcialmente com aqueles colegas. Estamos convencidos, porém, que, embora teórica, a questão não é inócua, a não ser que se entenda que toda reflexão teórica gera sempre um produto estéril.

2. Conforme se sabe, e é próprio da luta política, a Assembléia Constituinte que promulgou a Carta de 1988 consistiu numa síntese do processo político de democratização de nosso Estado (ainda que parcial), e, como tal, encontrou instituições, particulares e do próprio Estado, já com alto grau de inserção na *sociedade civil*, e interação com ela. Pode-se dizer que o Ministério Público já despontava – de forma ainda muito heterogênea, a depender do estado da federação e da própria área de atuação funcional – como instituição comprometida com os valores de uma *legalidade democrática*, legalidade essa, pois, que não apenas atendesse ao valor da *segurança jurídica* (efetividade das leis promulgadas pelo Estado), mas que também fosse instrumento de *efetivação* de direitos e deveres iguais, o quanto possível, entre os membros da sociedade. A Instituição já estava vocacionada a desempenhar papel de alto conteúdo político-estatal.

A Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, baixada pelo General então Presidente da República, ao acrescentar um parágrafo ao art. 96 da Constituição Federal, prevendo a edição de lei complementar dispoendo sobre normas gerais a serem adotadas na organização dos ministérios públicos estaduais – esse ato ditatorial (contradição da História!) abriu a porta para o avanço do Ministério Público em caminho de sua afirmação como instituição verdadeiramente nacional, e seu fortalecimento como instituição a serviço da democracia.

Com efeito, agora, além das garantias consistentes em ingresso na carreira somente mediante concurso público de provas e títulos, estabilidade no cargo após dois anos de exercício, inamovibilidade, salvo por conveniência do serviço, já asseguradas constitucionalmente ao Ministério Público nacional, outras *normas gerais*, previstas em lei complementar federal, também haveriam de ser adotadas na organização do Ministério Público em plano nacional.

Assim, com base no parágrafo único do art. 96 da Constituição Federal de 1967/9, foi editada a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que, dispondo sobre essas *normas gerais*, consolidou os avanços doutrinários em torno do Ministério Público e normatizou práticas já consagradas pela instituição, conferindo-lhe um estatuto nacional, que vai muito além daquelas garantias já previstas na CF. Mesmo que esse estatuto ainda esteja muito afeto a interesses dos respectivos membros, agora, a própria Instituição se fortalece, projeta-se, e adquire feição política, e se impõe diante dos demais poderes, não obstante a fragilidade dessa força, porque decorrente de lei complementar à Constituição³.

Finalmente, nesse caminho pré-constituente, é de ser lembrada a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Conforme se vê, é amplo o espectro de bens cuja proteção a lei ordinária procurou viabilizar, bens esses cuja fruição, por ser coletiva, reporta-se, diretamente, ao exercício da cidadania. Essa lei conferiu legitimidade concorrente ao Ministério Público para a defesa desses bens (art. 4º), estabeleceu a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas respectivas ações, na condição de *fiscal da lei* (§ 1º do art. 5º), e previu a assunção da titularidade da ação pelo Ministério Público, quando o autor for outro a tanto legitimado, mas desistir da ação (§ 3º do art. 5º). Assim, a lei em consideração conferiu ao MP um importante instrumento jurídico para desincumbir-se de uma função de alto teor político, qual seja, a decisão, em nome de uma determinada comunidade ou mesmo de toda a população, com base em sua *autonomia funcional*⁴ (portanto, sujeito apenas à lei e à Constituição), sobre a defesa de um determinado bem tido por lesado, muitas vezes em sacrifício de outro bem de interesse de outro setor da população (o que eleva o teor político dessa decisão).

³ Os quatro primeiros artigos dessa lei complementar, conforme se pode constatar por sua simples leitura, é a gênese do atual estatuto constitucional do MP, desenvolvido e modificado para melhor:

“Art. 1º O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta lei complementar. Art. 2º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional. Art. 3º São funções institucionais do Ministério Público:

I – velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;

II – promover a ação penal pública;

III – promover a ação civil pública, nos termos da lei.

Art. 4º O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira e terá autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária”.

⁴ Ver-se-á que a Constituição Federal de 1988, ao assegurar esse princípio ao MP, diz *independência* (e não *autonomia*) funcional.

3. Porém, é com a promulgação da Carta Política de 1988 que se permite indagar se o Ministério Público brasileiro constitui um órgão de Poder do Estado, em paralelo ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, ou se se trata de um órgão, ainda que autônomo, adstrito à consagrada separação tripartida do Poder do Estado.

A questão deve ser analisada, pois, em dois níveis:

a) o da *teoria política* – indagando-se se há uma relação essencial (lógica ou científica) entre o postulado do Estado democrático (não só porque é este que *interessa*, mas também porque a chamada *separação de poderes* relaciona-se com a democracia do Estado) e a divisão tripartida do exercício do Poder, ou, não havendo tal relação, se o Poder pode ser exercido, se não por menos, por mais que três órgãos distintos;

b) o da *hermenêutica constitucional* – se for correta a premissa segundo a qual não há relação essencial entre o postulado do Estado democrático e a divisão tripartida do exercício do Poder, há de se indagar quais são as características exigíveis a um órgão para, numa determinada organização estatal supostamente democrática, considerar-se-o *órgão de exercício do Poder*.

Nesse segundo nível, apoiando-se em nossa Carta Política, a questão pode ser analisada enfocando o Ministério Público em três ângulos: a) o de seu perfil estrutural; b) o de suas competências; c) o das garantias de seus agentes – para se concluir se se trata ou não de um órgão de Poder do Estado.

Cada um desses níveis de análise exige e merece ampla pesquisa bibliográfica e profunda reflexão. Não é a pretensão deste pequeno ensaio; nem seria adequado a tanto o meio de sua divulgação (um periódico). Aqui, objetiva-se apenas – e sem pretender ser original, mas também sem constrangimento de defender idéias próprias – lançar alguns argumentos a respeito do tema.

II – O Poder

1. A palavra *poder* é empregada para designar fenômenos de naturezas diversas (naturalística ou humanística), e, conseqüentemente, é empregada em diversas áreas do conhecimento humano. Para Norberto Bobbio, “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção)”. Já, diz o autor, “Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem”⁵.

⁵ BOBBIO, Norberto. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução coordenada por João Ferreira. 5. ed. Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial, 1983. p. 933.

Aqui, neste esboço de ensaio, emprega-se a palavra *Poder* para designar fenômeno mais restrito ainda do que aquele verificado na *realidade social*, genericamente considerada. Pois não se refere ao poder interpessoal (do pai sobre o filho, de um amigo sobre o outro, do *expert* sobre o leigo etc.), nem ao poder político intra-social (o poder das categorias profissionais, dos partidos políticos e das diversas instituições, associações etc.), e nem mesmo se refere ao poder do Estado, como instituição burocrática capacitada ao exercício de funções. Mas aqui refere-se ao *Poder* de um povo considerado em sua totalidade, totalidade essa qualificada por uma organização estatal. Portanto, a palavra *Poder* aqui se refere a um campo restrito da política, e ao ponto mais elevado desta, porque ele – o *Poder* – paira sobre as pessoas individualmente consideradas, suas associações e sobre a própria instituição estatal. Com efeito, é o Poder do povo que institui o Estado. E se este, em seu funcionamento burocrático, exerce poder sobre o povo, é o povo que tem Poder sobre o Estado. Daí dizer-se que o Poder é *soberano*.

Bobbio, em seu *Dicionário de política*, após analisar os vários aspectos do poder no plano social em geral, aborda o poder “no estudo da política”, e faz o seguinte registro:

“Mais recentemente, uma importante tentativa de construir uma teoria política geral fundada sobre o conceito de Poder foi realizada por Talcott Parsons. Identificando como função específica do sistema político no âmbito do funcionamento global da sociedade a ‘consecução de objetivos’ ou a capacidade de tornar efetivos os objetivos coletivos, Parsons define o Poder, no sentido específico de Poder ‘político’, como a ‘capacidade geral de assegurar o cumprimento das obrigações pertinentes dentro de um sistema de obrigações coletivas em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e portanto podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar’”.

E conclui:

“Nesta perspectiva, o Poder, conservando embora sua característica relacional fundamental, torna-se entretanto uma propriedade do sistema; torna-se, precisamente, o ‘meio circulante’ político, análogo à moeda na economia, ancorado por uma parte na institucionalização e na legitimação da autoridade e por outra na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência”⁶.

O Poder de que aqui se cuida mais se assemelha a esse conceito de Parsons, registrado por Bobbio. Porém, ainda é diverso. Com efeito, não se trata da força atuante na sociedade – “meio circulante” –, por meio de suas diversas instituições, susceptível de ser

⁶ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 941.

pesquisada empiricamente, mas de noção puramente teórica, que apenas num segundo momento se realiza, e por meio de órgãos estatais específicos, de *alto conteúdo político*, e não por meio de qualquer instituição estatal.

2. Como, então, definir o Poder de que aqui se trata? Diria que *Poder* é a força política que emana de um povo organizado numa comunidade denominada Estado, e se volta a esse mesmo povo, em benefício do todo ou em benefício de uma parte e em detrimento da outra, mas sempre obrigando a todos, sob o pressuposto de que se exerce sempre no *interesse geral*⁷.

Trata-se, pois, de uma força de natureza política⁸. E é soberana, pois, no plano político, não pode haver força que se sobreponha àquela emanada de *todo o povo*; é inalienável, porque constitui a síntese da *vontade de todos*, e não é possível transferir a *vontade* a outro ente; é indivisível, pois representa a *vontade de todos*, e, se fosse dividida, já não mais representaria o todo, e, conseqüentemente, deixaria de ser Poder.

Na teoria do Estado, sob inspiração jurídica, discute-se se o Poder é um fenômeno distinto da *soberania*, ou se se confunde com ela. Discute-se, ainda, se o Poder é um fenômeno político, que antecede o Estado, ou é um fenômeno normativo, posto por teste. Neste ensaio, tem-se que Poder e Soberania são o mesmo fenômeno social, e, portanto, de natureza política. Ao contrário, o Estado, fenômeno normativo, vem após, ao menos no plano lógico (pois, *na prática*, a Norma vai-se criando contemporaneamente ao estabelecimento do Poder), e se constitui – o Estado –, exatamente, na *fórmula* de exercício do Poder⁹.

Rousseau, denominando *Soberania* o que aqui se denomina Poder, diz quanto à inalienabilidade: “Afirmo, pois, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, jamais pode alienar-se, e que o soberano, que nada é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode transmitir-se; não, porém, a vontade”¹⁰. E sobre a indivisibilidade: “A soberania é indivisível pela mesma razão por que é inalienável, pois a vontade ou é geral, ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou somente de uma parte.

⁷ O art. 1º da Constituição de 1988, em seu parágrafo único diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Tal enunciando, porém, não corresponde à nossa realidade constitucional, pois o Judiciário (e também o Ministério Público, conforme se procurará demonstrar) é órgão estatal de exercício do Poder, e o faz por meio de cidadãos não eleitos, mas escolhidos mediante concurso público.

⁸ Na linha da classificação do *poder* acima vista, pode-se classificar a *força* em: a) força física propriamente dita ou da natureza (que, atualmente, é conhecida em quatro espécies: força da gravidade, força eletromagnética, força nuclear forte e força nuclear fraca); e b) força humana ou cultural. Sendo esta de duas espécies: 1) força física impropriamente dita ou força coativa; e 2) força política ou persuasiva. O Poder é uma força desta última espécie – força política ou persuasiva. É certo que a força política pode originar-se da força física, e, mesmo já estabelecida, pode valer-se da força física para manter-se. Porém, a relação força física/política não é discutida aqui. Toma-se a *força política* como fenômeno dado e estático, originário do “pacto social”, conforme será visto a seguir.

⁹ Sobre a polêmica, v. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 94-100.

¹⁰ ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Livro II, cap. I, p. 43-44. (Coleção *Os Pensadores*).

No primeiro caso, essa vontade declarada é um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito de um decreto”¹¹.

Verifica-se, pois, que, para Rousseau, em primeiro plano, está a *vontade geral*; o Poder é a força política que emana da vontade geral. O Poder está, pois, ligado à vontade geral, mas com ela não se confunde, tanto que o Poder pode ser transmitido (alienado) e a vontade geral não.

Vê-se que o “Poder” de que Rousseau cuida, para nós, é simples órgão (ou, mais restritivamente ainda, agente) de exercício do Poder, na medida em que é divisível e transferível. E o Poder de que cuidamos é o *Soberano*, ou a *vontade geral*, de Rousseau.

Porém, não se atém aqui à idéia de *vontade geral*, que se remete à de pacto social, conceitos cruciais no pensamento de Rousseau. Parte-se da concepção de Poder, conforme já conceituado: força política emanada da vontade geral.

Mas o Poder, por sua vez, só se efetiva por meio de instituições, que, por seu turno, se concretizam em pessoas físicas.

III – As funções do Poder

1. Aristóteles

Conforme se sabe, o mais antigo registro na história da filosofia política sobre a teoria da chamada *separação dos Poderes* (expressão que doravante é substituída por *divisão das funções do Poder*)¹² é de autoria de Aristóteles. Teoria essa que, muito mais tarde, foi desenvolvida por Montesquieu, que estabeleceu a *teoria operacional* de exercício do Poder pelo Estado, um estado concebido sob inspiração da revolução burguesa, e tendo por finalidade precípua a limitação do poder do monarca no estado absolutista que precedera a revolução do século XVIII. Em síntese, pretendeu-se – com a ascensão da burguesia – que o Poder não fosse exercido por uma só pessoa ou um só órgão, para evitar o arbítrio.

¹¹ Idem, ibidem, Livro II, cap. II, p. 44.

¹² O professor Dalmo de Abreu Dallari diz a respeito: “Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”. E, mais à frente, prossegue: “Qual a importância prática dessa polêmica na atualidade? Existe, na verdade, uma grande importância, pois aquela diferenciação está intimamente relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social. De fato, 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...” (op. cit., p. 187-188).

Divergimos, d. v., da lição acima transcrita. Temos que se trata de *simples questão terminológica*. Com efeito, quer para um quer para o outro grupo de doutrinadores, o Poder (entidade abstrata, da qual só se pode conhecer suas emanações fenomênicas, e, portanto, ele nunca se revela *por inteiro*) é indivisível. O que se divide, mesmo, entre indivíduos e instituições, são as funções atinentes ao Poder. Por isso, evitamos tanto a expressão *divisão de poderes* quanto a expressão *separação de poderes*, preferindo “divisão das funções de exercício do Poder”, ou, mais abreviadamente, “divisão das funções do Poder”.

Já em Aristóteles (*Política*) encontramos referência explícita às funções legislativa, executiva e judiciária do Estado, *in verbis*:

“Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – (*omissis*). A terceira é a que administra a justiça”¹³.

É importante observar que Aristóteles não proclama a necessidade de essas funções (legislativa, executiva e judiciária) serem entregues a órgãos (*magistraturas*) distintos; mas, ao contrário, tem por mais *democrático* o governo em que todos os cidadãos (pressupondo-se a *democracia direta*) exerçam, indistintamente, todas elas, conforme se vê no parágrafo seguinte do mesmo capítulo:

“É forçoso que todas essas decisões sejam atribuídas aos cidadãos em geral, ou somente a alguns – a uma magistratura¹⁴ única, por exemplo, ou então a vários magistrados; ou estas a uns, aquelas a outros; ou umas a todos e outras a certo número de cidadãos. Demais, o que está essencialmente conforme com o espírito da democracia é conceder a todos os direitos de decidir sobre tudo: aí está a igualdade a que o povo aspira sem cessar”¹⁵.

Mais interessante ainda é observar que, não obstante, de início, Aristóteles identificar três espécies de *magistraturas* em que todos os estados devem se apoiar, no mesmo capítulo XI da obra citada, mais especificamente no parágrafo 9, Aristóteles identifica uma outra espécie de função, ou *magistratura*, de forma não menos expressa. Confira:

“Por outro lado, nos governos oligárquicos [oligarquia, aqui, não tem o sentido negativo atual], seria necessário escolher no povo alguns cidadãos que seriam admitidos às deliberações, ou então constituir, como em certas repúblicas, uma magistratura composta daqueles que se denominam

¹³ ARISTÓTELES. *Política*, VI, XI-1. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 3. ed. São Paulo: Atena Editora, s.d. p. 238. (Biblioteca Clássica, vol. XXXIX).

¹⁴ Na obra, a palavra “magistratura” é empregada em vários sentidos: ora significa o que hoje designamos *poder* (Legislativo, Executivo etc.), ora significa o que hoje corresponde a mera função do Estado, ora designa a atual autoridade executiva. Mas não tem o significado atual de conjunto dos membros do poder Judiciário nem de função judicante.

¹⁵ Op. et loc. cit.

relatores ou guardiães das leis e só se submeter às deliberações as questões sobre as quais eles tenham preparado seu relatório. Porque, deste modo, o povo participará das deliberações sem poder abolir parte alguma essencial da constituição. Poder-se-ia ainda só conceder ao povo o direito de aprovar as leis que lhe fossem apresentadas, sem que ele pudesse introduzir na legislação qualquer coisa de contrário. Finalmente, poder-se-ia dar também a todos os cidadãos opinião consultiva, deixando aos magistrados a última palavra”¹⁶.

Não creio ser arbitrário afirmar que essa *quarta magistratura*, “composta daqueles que se denominam relatores ou guardiães das leis”, feitas as necessárias mediações, corresponde, em parte, àquela hoje denominada Ministério Público, especialmente tal qual essa instituição existe hoje no Brasil, conforme será visto à frente.

É que essa função de “relator ou guardião das leis” não se compreende em nenhuma daquelas *magistraturas* antes identificadas por Aristóteles, e que correspondem aos nossos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com efeito, enquanto Aristóteles se refere a essas magistraturas no § 1 do Capítulo XI, ele se refere à *magistratura guardiã das leis* no § 9, de forma paralela e independente das primeiras. E só depois, no Capítulo XII, é que trata das diversas divisões que comportam as magistraturas identificadas no Capítulo XI (*executiva, legislativa, judiciária e guardiã das leis*), que, segundo ele, constituem “o corpo deliberativo”, “o verdadeiro soberano do Estado”. Lê-se:

“A questão relativa à divisão das magistraturas une-se imediatamente à que acabamos de tratar; porque parte da constituição dos Estados apresenta também inúmeras diferenças, seja quanto ao número das diversas magistraturas, seja quanto à extensão dos poderes ou à duração das funções”¹⁷.

E especifica algumas das inúmeras possibilidades de divisão das magistraturas (diga-se: órgão de exercício do Poder), que, conforme visto no Capítulo XI, são *executiva, legislativa, judiciária e guardiã das leis*.

Mas essa não é a única referência que encontramos em Aristóteles a uma magistratura que não se encaixa nos nossos atuais Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e, por outro lado, em muito se assemelha àquela hoje outorgada ao Ministério Público. Com efeito, no § 10, verificamos que Aristóteles identifica uma função, em questão penal, a ser outorgada aos cidadãos, em tudo semelhante àquela hoje exercida pelo MP no Brasil. *Verbis*: “Seria preciso também fazer exatamente o contrário daquilo que acontece nas repúblicas; quando o povo absolve, é preciso que a sua decisão seja soberana, mas não quando ele condena; nesse caso é preciso que a questão volte ao juízo dos magistrados”.

¹⁶ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 241.

¹⁷ ARISTÓTELES. Op. cit., p. 241-242.

Não é forçado o estabelecimento de uma relação entre essa função do “povo” e a do Ministério Público atual, na titularidade da ação penal pública. A “absolvição” corresponde ao nosso arquivamento da *notitia criminis*; a “condenação” corresponde à atual acusação.

Com isso não se pretende que a origem do Ministério Público está no pensamento aristotélico. Mas constata-se que Aristóteles – o primeiro, de que se tem notícia, a teorizar sobre as funções do Estado – refere-se a uma função, direta e essencialmente ligada à Soberania, da qual o Ministério Público brasileiro é titular.

2. Os contratualistas

2.1. *Locke*. Entre os contratualistas, foi Locke, em seu *Segundo tratado sobre o governo* (1689/90), o primeiro a referir-se à divisão de funções no exercício do Poder.

Após tratar do poder legislativo e suas limitações, não obstante ser a mais importante forma de expressão da *vontade geral*, Locke pondera:

“Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados”¹⁸.

Vê-se, pois, que a separação das funções legislativa e executiva, em Locke, decorre mais da contingência de a função legislativa não exigir “tempo integral” do que da necessidade de se evitar o arbítrio por parte do soberano, questão essa que, não obstante ser antevista por Locke, no parágrafo imediatamente anterior, somente veio a ser desenvolvida por Montesquieu, servindo de fundamento teórico e prático para a divisão das funções do Poder. Vê-se, também, que, em Locke, não há um *poder judiciário*.

O terceiro poder, em Locke, é o Federativo, que tem por função dirimir conflitos entre o *corpo social* e a pessoa que não faça parte do *corpo* (conflitos esses decorrentes do *direito natural*), e não entre indivíduos ao abrigo do *contrato social*, função essa que cabe ao Executivo.

Trata-se – o poder Federativo – de um “poder” que hoje compreende em parte o Executivo e em parte o Legislativo, e diz respeito às relações de um Estado soberano com outro. É o que se lê na seguinte passagem:

¹⁸ LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 91. (Coleção *Os Pensadores*).

“Existe outro poder em uma comunidade que se poderia denominar natural, visto como é o que corresponde ao que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade; porquanto, embora em uma comunidade os seus membros sejam pessoas distintas ainda relativamente umas às outras, e como tais são governadas pelas leis da sociedade, contudo, relativamente ao resto dos homens, constituem um corpo que se encontra, como qualquer dos seus membros anteriormente se encontrava, ainda no estado de natureza com os demais homens. Daí resulta que as controvérsias que se verificam entre qualquer membro da sociedade e os que estão fora dela são resolvidas pelo público, e um dano causado a um membro desse corpo empenha a todos na sua reparação. Assim, neste particular a comunidade inteira é um corpo em estado de natureza relativamente a todos os estados ou pessoas fora da comunidade. Aí se contém, portanto, o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade, podendo-se chamar ‘federativa’, se assim quiserem. Se entenderem a questão, fico indiferente ao nome”¹⁹.

A função de dirimir conflitos entre os membros do *corpo social* ou entre este e um de seus membros, função hoje vista como típica do Poder Judiciário, na concepção de Locke, pertence ao Poder Executivo.

Portanto, em Locke, apesar de se verificarem três funções de exercício do Poder – legislativa, executiva e federativa –, vistas sob o paradigma atual, essas funções resumem-se a duas: legislativa e executiva, já que – repita-se – a função “federativa” é exercida pelos atuais Poderes Legislativo e Executivo, e o Poder Judiciário de hoje não é concebido por ele.

2.2. *Montesquieu*. Conforme é sobejamente divulgado, cabe a Montesquieu a glória de haver formulado a teoria da *divisão das funções do Poder* em três partes: legislativa, executiva e judiciária. Montesquieu afastou-se, pois, da doutrina de Locke, vinculando-se à de Aristóteles. Porém, o filósofo francês foi além, impulsionado pelas contingências históricas de seu tempo, motivo mesmo de sua teoria: apreendeu a necessidade de essas funções serem exercidas por órgãos distintos, como forma de conter o arbítrio do Soberano, e conseqüente garantia da liberdade individual, que estaria comprometida caso concentrasse numa mesma pessoa (=órgão) o poder de legislar, fazer executar a lei e julgar suposto descumprimento da norma. Conforme se sabe, Montesquieu tinha à vista o poder monárquico absoluto, que viria a ser derrubado com a Revolução de 1789, e para a qual muito contribuiu a militância intelectual dos chamados *contratualistas*, com suas formulações sobre o novo estado – o estado burguês.

¹⁹ LOCKE. Op. cit., p. 91-92.

A função judicante – ou poder judiciário –, agora, revela-se de extraordinária importância para assegurar a liberdade individual e garantir o direito do indivíduo em face do Soberano. Diz Montesquieu, em sua obra publicada em 1748, que veio a ser paradigma do exercício do Poder nos estados inspirados na Revolução Burguesa:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado”²⁰.

É de se observar que as atribuições do Estado imaginado por Montesquieu são muito diversas das funções do Estado de hoje, e, conseqüentemente, diversas são as funções de cada órgão do Poder. Com efeito, as funções executivas do Estado de hoje, no plano interno, não existiam nos tempos de Montesquieu, mas, naquele tempo, existia apenas a função executiva no plano externo (fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões – tal qual em Locke, ao que este denomina poder Federativo).

Por outro lado, a função de resolver conflitos decorrentes da aplicação da lei – *direito civil* –, no âmbito interno do Estado, apesar de ser uma *espécie diversa* de poder, também tem “natureza jurídica” (para utilizarmos uma expressão atual) executiva. Julgar querela e fazer cumprir a lei é função executiva, pois, em Montesquieu. Verifica-se, assim, que a *função de julgar* foi destacada da função executiva por Montesquieu unicamente pela *utilidade* de se proteger o súdito do arbítrio do Soberano; mas desprovido de base lógica ou *científica* para considerá-la diversa, em essência, de uma função executiva. Tem-se em Montesquieu, portanto, nada mais que um germe do Poder Judiciário tal qual é hoje concebido.

Semelhança verifica-se, apenas, quanto ao Poder Legislativo de hoje e aquele descrito por Montesquieu.

A explicação da simplicidade da função propriamente executiva identificada por Montesquieu, para um estado *tipicamente-burguês*, em comparação com a dos dias atuais, do Estado do Bem-Estar Social (desconsiderando-se, aqui, suas recentes tendências *neo-liberais*) é intuitiva. Naquele, a função do Estado consistia em garantir a segurança de si próprio, Estado, com base no “direito das gentes”, o que corresponde àquilo que hoje é denominado “política externa”. No plano interno, a função de maior relevo do Estado liberal-burguês era legislar. Muito reduzida era a função de julgar. Quase inexistente e

²⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marques Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148-149. (Coleção *Os Pensadores*).

mesmo indesejável era a de administrar. Não se verifica, pois, no Estado “liberal” antevisto por Montesquieu, o Poder Executivo tal qual verificamos no Estado contemporâneo, com a função complexa de administrar uma ampla parcela dos bens existentes no território do Estado (*bens públicos*), para reparar desigualdades no plano individual, promover o *desenvolvimento social*, visando a assegurar um patamar comum de bens – materiais e não materiais – a todos os indivíduos. Dessa forma, pensando, conforme Montesquieu pensou, que a função executiva consiste apenas em *fazer a paz ou a guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões*, é lícito afirmar que o Poder (órgão e respectivas funções) Executivo que vemos hoje é mesmo um quarto poder na teoria de Montesquieu.

Por aqui já se pode afirmar que a chamada *separação de Poderes*, ou, mais precisamente, a divisão das funções do Poder do Estado, é mera técnica de distribuição das tarefas do Soberano (=Estado), em face de realidades históricas (que certamente vigem por períodos alongados, mas não são permanentes), realidades essas que determinam o conteúdo e a extensão dessas tarefas. A realidade histórica no tempo de Montesquieu determinava a finalidade básica de garantir a liberdade dos súditos em face do Soberano.

Por outro lado, para Montesquieu, a função de julgar, então subtraída do Monarca, não devia corresponder a órgão permanente do Estado, “mas [devia ser exercida] por pessoas extraídas do corpo do povo num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”, não estando ligada “nem a uma certa situação nem a uma certa profissão”, de forma que “Não se têm constantemente juízes diante dos olhos e teme-se a magistratura mas não os magistrados”²¹.

Não se vê, pois, na teoria de Montesquieu, o Poder Judiciário tal qual existe hoje: órgão do Estado. Encontra-se, apenas, a função de julgar, função esta que deveria ser entregue diretamente ao titular da Soberania: o povo.

Mas, se encontramos em Montesquieu um poder executivo reduzido à *política externa* e um judiciário diluído entre o povo, por outro lado, o autor de *O espírito das leis* constata a necessidade de um *quarto poder*, um *poder regulador*, destacado do poder legislativo. Lê-se: “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito”²².

Ainda que considere odioso esse poder, conforme a seguir afirma, porque empenhado em manter seus privilégios, Montesquieu constata, no Estado que ele podia vislumbrar, a necessidade dessa função reguladora, à qual, a ela sim, deveria corresponder um órgão permanente do Estado.

Apenas o *poder legislativo* era concebido por Montesquieu – e pelos contratualistas em geral – com forma e conteúdo próximos aos de hoje: síntese do *pacto*, e, como tal, expressão direta do próprio Soberano, concretizada por meio de normas gerais.

²¹ MONTESQUIEU. Op. cit., p. 149.

²² MONTESQUIEU. Op. cit., p. 141.

Vê-se, pois, que, mesmo em Montesquieu, onde a teoria da *tripartição das funções do Poder* recebe os contornos mais precisos, esses contornos não são tão nítidos e nem são tão definitivas essas funções – legislar, administrar e julgar – conforme se cristalizou posteriormente. Mas se, por um lado, se reconhece apenas dois órgãos de exercício do Poder – legislar e administrar/defender o Estado –, por outro, verificam-se quatro funções atinentes ao Poder: legislar, administrar, julgar e *compor* as três primeiras.

Disso decorre que, sendo único o Poder soberano de um Estado, as funções do Estado no exercício desse Poder, e também os órgãos necessários ao desempenho dessas funções, dependerão das demandas históricas de uma sociedade e de um Estado concretos. Já se pode adiantar que não é por outro motivo que as funções do Ministério Público – de fiscalização, controle e propulsão – incidem, mais frequentemente, nesse poder do Estado cujas funções, conforme já dito, aumentaram e modificaram mais que aquelas atinentes ao *Legislativo* e ao *Judiciário*, após Montesquieu elaborar a sua teoria: o Poder Executivo.

2.3. *Rousseau*. Coube a Rousseau a crítica à *separação de poderes*, crítica essa que, se não visou diretamente ao autor de *O espírito das leis*, atinge a sua teoria. Nesse sentido, são inequívocas as seguintes palavras do autor de *O contrato social*, publicado em 1757, nove anos, pois, após o surgimento de *O espírito das leis*:

“Nossos políticos, porém, não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto. Dividem-na em força e vontade, em poder legislativo e poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro. Algumas vezes, confundem todas essas partes, e outras vezes, separam-nas. Fazem do soberano um ser fantástico e formado de peças ajustadas, tal como se formassem um homem de inúmeros corpos, dos quais um tivesse os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais além disso. [omissis]. Esse erro provém de não disporem de noções exatas sobre a autoridade soberana e de terem tomado por partes dessa autoridade o que não passa de emanações suas. Assim, por exemplo, tiveram-se por atos de soberania o ato de declarar guerra e o de fazer a paz, que não o são, pois cada um desses atos não é uma lei, mas unicamente uma aplicação da lei, um ato particular que determina o caso da lei, [omissis]”²³.

Para Rousseau, apenas a Lei, considerada abstratamente, como expressão da *vontade geral*, é manifestação de soberania; e, conseqüentemente, somente a função legislativa é ato do Soberano. Mas não é o simples legislar um ato de soberania. Ato de

²³ ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 44-45. (Coleção *Os Pensadores*).

soberania é apenas aquele que expresse a *vontade geral*²⁴. O que não exclui a possibilidade de se criarem órgãos diversos do *legislativo* para execução da lei (*executivo, judiciário* etc.). Mas apenas a Lei expressa o Poder, o Soberano, o Todo. O mais é ato particular.

A abordagem de Rousseau é informada por sua visão de *pacto social totalizante* (ou, numa expressão menos neutra, totalitário), no qual a *vontade geral* constitui o *poder absoluto*, dele escapando apenas as ações individuais que, segundo seu próprio juízo (da *vontade geral*), não lhe interessam e, portanto, remanescem na esfera da *liberdade individual*²⁵. É de se compreender, assim, a aversão do autor de *O contrato social* à idéia de *separação de poderes*, pois, em sua ótica, isso implica fracionamento do Soberano (=vontade geral), cuja unicidade é a base mesmo de sua obra. O próprio ato de fazer a Lei é um ato particular, ainda que esta veicule a *vontade geral*²⁶.

Mas, quer entre os contemporâneos de Rousseau quer entre os teóricos atuais, não há divergência quanto à unicidade do Poder. Na essência da teoria de todos, vê-se essa unicidade. A diatribe parte de um mal-entendido, causado por visões ideológicas mais fundas (a Locke e a Montesquieu, interessava prestigiar a liberdade individual; a Rousseau, interessava fortalecer a autoridade da vontade geral/Soberano), ou, mesmo, por simples questão semântica!

O Poder (=Soberano=Vontade-Geral) é *uno e indivisível*, e radica no povo. O legislar, o administrar, o julgar – quer o moderar, quer o impulsionar, quer o fiscalizar aquelas funções, quer ainda outra função não vislumbrada mas que venha a ser identificada como necessária à manutenção do corpo social, do Estado – todas elas são apenas meio, técnica de exercício do Poder.

Assim, abstraindo-se a ideologia rousseauiana quanto ao *pacto social*, aniquilador das individualidades, teoricamente é justificável sua insistência na indivisibilidade do Poder, entidade abstrata, radicada no *povo*, que, por ser a *vontade geral* e apenas existir como tal, não pode ser dividida, separada ou o que o valha. O que se dividem ou se separam são as funções para o exercício do Poder.

E aqui é que se afasta da teoria rousseauiana, quando ela preconiza que apenas a Lei expressa a vontade do Soberano, e, conseqüentemente, somente o ato de promulgá-la é função de exercício do Poder. Esse é um momento privilegiado de manifestação da Soberania. Mas a Lei, por si, não basta. Ela deve ser efetivada; só assim a *vontade geral* faz-se, *de fato*, Soberana. E aquele mesmo Poder (=Soberano), que emana a Lei e cria órgão para dizê-la, pode criar outros órgãos que sejam necessários à conversão do enunciado (Lei) em intervenções práticas no seio da sociedade. E esses órgãos, à luz da teoria política, e em face mesmo do precursor e do formulador da teoria da separação de Poderes – Aristóteles e Montesquieu, respectivamente – não são necessariamente apenas três.

²⁴ Conforme se sabe, Rousseau estabelece diferença entre a *vontade geral* (entidade abstrata, que visa ao *bem de todos*, e, portanto, nunca erra) e a *vontade de todos* (soma de vontades de indivíduos ou de grupos, que nem sempre, ou quase nunca, coincide com a primeira). V. op. cit., Livro II, Cap. III).

²⁵ V. op. cit., Livro II, Cap. IV.

²⁶ Não nos referimos ao conceito jurídico de *lei de efeito geral*, formal, portanto; mas ao conceito rousseauiano de lei que “se prende ao interesse comum” e não ao de grupos ou facções (op. cit., Livro II, Cap. III). É evidente o idealismo dessa concepção, que quase (ou talvez nunca mesmo) corresponde à política concreta.

IV – Os órgãos de exercício do Poder

1. Breve crítica

No plano teórico, a concepção da separação das funções do Poder não se contrapõe à idéia da indivisibilidade do Poder. No entanto, muitas vezes, a prática dos Estados liberais cuja organização segue a teoria de Montesquieu torna pertinente a crítica de Rousseau – “Nossos políticos, [...], não podendo dividir a soberania em seu princípio, fazem-no em seu objeto...”. É que, na prática, esses órgãos de exercício do Poder foram-se deslocando e distanciando dos detentores do Poder, e constituindo, eles mesmos, *poderes reais*, que agem segundo ideologias e interesses da própria corporação, e não do chamado *povo*. Este aparece apenas na retórica. A discussão da questão atinente às dimensões, densidades e complexidades dos Estados contemporâneos, que impõem, cada vez mais, mediações entre o simples-cidadão e o cidadão-agente²⁷, não comporta aqui. Aqui, interessa o fato – dado por verdadeiro – de que grande parte (por vezes, a maior) dos simples-cidadãos não tem suas *vontades* ecoadas naqueles órgãos montesquieunianos de exercício do Poder, por mais que alguns de seus agentes apregoem, e logrem, a inclusão de “setores marginalizados” nos mecanismos de aferição da *vontade geral*. Os órgãos, em si, tornaram-se corporação com visões próprias, que aderiram em si interesses próprios (sob a retórica da “prerrogativa para que seus membros possam bem desempenhar a função”), e cristalizaram-se em si mesmos, isolando-se não apenas do simples-cidadão mas também um do outro. O chamado mecanismo de *freios e contrapesos* serve mais como técnica de controle entre eles mesmos, intercorporação: divisão de poder entre as corporações ou, ainda mais, entre os membros de uma e os das outras.

Isso não era previsto nos dias de Montesquieu. Assim, para o autor de *O espírito das leis*, que nada vislumbrou além do *estado liberal*, ao exercício do Poder, além das funções de elaborar normas gerais e de garantir a segurança do Estado, restaria, apenas, a função consistente em dirimir os litígios decorrentes do suposto descumprimento daquelas normas. A sua grande contribuição foi, pois, no sentido da criação de um *Poder Judiciário* independente em suas decisões, mas também, e por isso mesmo, inerte.

2. A “separação de poderes” e o Ministério Público nas Constituições brasileiras anteriores²⁸

2.1. A Constituição Monárquica de 1824

Conforme se sabe, a Constituição de 1824 proclamou que eram quatro os poderes,

²⁷ As expressões cidadania-ativa, para indicar o eleitor, e cidadania-passiva, para indicar o eleito, deveriam ser invertidas...

²⁸ Para maior brevidade do texto, e também em face de sua finalidade (a análise do MP brasileiro em face do Poder), deixamos de fazer referência ao MP no Brasil-Colônia, e também, após a Independência, a seu estatuto nas diversas leis ordinárias, o que predominou antes da Carta Política de 1988; e nem cogitamos sobre a origem do MP. Sobre isso, v., dentre outras obras: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989; RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; SAUWEN FILHO, João Francisco. *O Ministério Público brasileiro e o Estado democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

verbis: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”.

Porém, ressaltou: “Os representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembléia Geral”. Essa prescrição está em consonância com as teorias contratualistas, inclusive com o autor da “separação dos poderes”, que conferem à função legislativa maior dignidade que às demais, na medida em que ela expressa a vontade do Soberano (abstração do povo), consistindo as demais na execução dessa vontade, e, portanto, essencialmente, de natureza executiva. A menção ao Imperador decorre do mito político da monarquia, de que este, seja lá por *vontade divina* ou origem histórica remota, é consubstancialmente ligado a seu povo.

Antes, porém, no art. 9º, lemos a justificativa histórico-doutrinária da *separação de poderes*: “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

Percebe-se, na justificação precisa da *divisão de poderes*, o quanto o redator da Constituição de 1824 ainda estava influenciado pelas teorias contratualistas do século imediatamente anterior. Mas, por outro lado, percebe-se também que, diferentemente das Constituições posteriores, que adotam como dogma os poderes legislativo, executivo e judiciário (dizendo que “são Poderes da União”), o constituinte de 1824 não tem dogma. Diz, apenas, que a Constituição “reconhece” determinados poderes; e não são apenas três, mas quatro.

A ideologia contratualista da Carta de 1824 verifica-se também em seu art. 12, ao proclamar que: “Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação”. Ora, quem delega continua sendo titular daquilo que delegou. Posteriormente, com exceção da Constituição de 1891, que nada declara a respeito, todas as demais proclamam que “o Poder emana do povo”. “Emanar” é provir, proceder, sair, originar-se etc. (cf. *Aurélio*), e, portanto, alcançar “o outro” e nele “residir”.

Os Poderes Executivo e Moderador eram exercidos por um mesmo “órgão” do Soberano (que a Carta denomina Nação – art. 12), que era a “instituição-Imperador”. O Poder Executivo era exercido pelo Imperador por intermédio de seus Ministros (art. 102), já o Poder Moderador era exercido pessoalmente pelo Imperador, e sua finalidade era velar “sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos” (art. 98). A “função moderadora” realizaria aquilo que hoje se chama “freios e contrapesos”, mas não por meio de mecanismos jurídico-formais, e sim, por força da “vontade” do monarca, e a partir do mito (em sentido histórico-sociológico) de que o monarca sintetiza a vontade do “povo”. Daí por que sua pessoa é “inviolável” e “sagrada” (art. 99). Conseqüentemente, no plano jurídico-institucional, e em tese, não poderia haver crise quanto ao exercício do Poder, conforme sempre está sujeito o sistema republicano (e é próprio da democracia), pois, neste, falhando o sistema de “freios e contrapesos”, não existe outro mecanismo institucional para recolocar os órgãos em seus respectivos trilhos, especialmente se a falha ocorrer no Judiciário.

O Poder Moderador exercia funções de “chefe da nação”, no significado próprio desse termo nos sistemas monárquicos, especialmente no século XIX. Além de outros, detinha poder para: nomear senadores, a partir de lista tríplice; dissolver a Câmara dos Deputados; suspender magistrados; suspender resoluções dos Conselhos Provinciais; perdoar réus condenados e reduzir pena.

É de considerar que, não obstante a aparência de um “superpoder” – com referência ao Legislativo e ao Judiciário, porque, quanto ao Executivo, sendo este exercido pela mesma pessoa/instituição, não era possível que isso se verificasse – não obstante a aparência, já que podia “anular” ato dos demais poderes, o Poder Moderador apenas “participava” da divisão das funções do Poder, recebendo o que lhe fora outorgado pelo Constituinte (e pouco importa, aqui, o caráter democrático ou não dessa ordem instituída); e não poderia ir além, porque, se o pudesse, tratar-se-ia de uma monarquia absolutista (e não constitucional), na qual não se fala em divisão das funções do Poder, porque todo ele se concentra no monarca. Assim, por óbvio, se o Poder Moderador podia suspender juiz ou o exercício da função legislativa, não podia ele julgar nem legislar.

Disso decorre que o Poder não se exerce apenas legislando, administrando e julgando. Essas são as funções cristalizadas na teoria do Estado, a partir de Montesquieu, que dificulta ver além delas.

O Ministério Público, porém, na Carta de 1824, era apenas referido, e indiretamente, no título destinado ao Poder Legislativo, ou, mais especificamente, no capítulo referente ao Senado: “Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados [praticados por Ministros e Conselheiros de Estado – art. 38], acusará o Procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

Apesar de não erigir esse ministério em órgão autônomo do Estado, nem garantir independência de atuação a seu agente (o que não podia conceber naquela época, presa à teoria da tripartição do exercício do Poder, à qual se pode acrescentar apenas a reminiscência da figura do monarca, na condição de representante da nação, com sua função moderadora) – apesar disso, observa-se que a Carta de 1824 prevê uma função cuja natureza difere da natureza própria das funções atinentes aos demais órgãos – Legislativo, Moderador, Executivo e Judiciário. Com efeito, a função de “acusação nos juízos do crime”, apesar de estar no capítulo referente ao Legislativo, difere das funções deste, tanto que não é exercida pelo Senador, mas pelo Procurador da Coroa e Soberania Nacional. E difere tanto da função judicante, que o Constituinte inseriu-a dentro do Legislativo.

Verifica-se, aí, uma concepção de “fiscal do cumprimento da lei penal”, ao se acusar, em nome da Coroa e da Soberania Nacional, a infringência da lei.

É de se notar, ainda, o *status* desse agente do Estado – representante da Soberania Nacional –, no exercício de sua função, muito semelhante à concepção atual de “advogado da sociedade”. É muito diferente daquela figura simples do “procurador do rei”, na origem do Ministério Público em sua vertente francesa, que usualmente é invocada. É sintomática desse *status* da função a circunstância de ela se inserir no capítulo que trata do poder Legislativo, aquele que representa a nação.

2.2. As Constituições Republicanas de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/1969

Com a queda da Monarquia, foi abolido o *Poder Moderador* no Estado Brasileiro, e todas as nossas Constituições, a partir da de 1891, proclamam a tríplice divisão das funções atinentes ao Poder.

2.2.1. A Constituição de 1891 – Seguindo o modelo norte-americano, a Carta de 1891 inspirou-se em rígida concepção da tripartição das funções do Poder. É de se registrar, porém, que essa Constituição declarou que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Judiciário são “órgãos da soberania nacional”, expressão que julgamos definir mais corretamente o significado dessas instituições, do que aquela que se inaugurou com a Carta de 1946 – “São Poderes da União ...” –, talvez pretendendo com isso significar que a Constituição dispõe apenas sobre a organização da União, como se ela não dispusesse, em primeiro lugar, sobre o exercício do Poder no Estado Brasileiro (equivocada idéia de autonomia dos Estados-Membros...).

O Ministério Público, nela, apareceu de forma indireta, e até mesmo com menor *status* do que era revestido pela Carta monárquica. Foi deslocado do Poder Legislativo para o Judiciário, com a seguinte referência: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei” (§ 2º do art. 58). E lá nas “Disposições Gerais” previu-se que “A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex-officio* pelo Procurador-Geral da República” (§ 1º do art. 81).

Vê-se, pois, que o Ministério Público não foi previsto nessa Carta Política como uma instituição; mas apenas foi prevista a pessoa de seu chefe, que seria um dos membros da cúpula do Poder Judiciário, de confiança do Presidente da República. É sob a vigência dessa Carta que o jurista e então conselheiro Ruy Barbosa, em breve parecer, sustentou que se aplicavam, não apenas ao Procurador-Geral da República mas a todos os membros do Ministério Público, as vedações previstas aos membros do Judiciário, porque o membro do Ministério Público era um membro da magistratura; e o jurista e historiador Alfredo Valladão, então representando o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, escreveu o artigo referido no início, no qual, dissentindo em parte do grande Ruy Barbosa, sustentou que o MP era, sim, uma magistratura, mas autônoma, não integrante do Poder Judiciário.

2.2.2. A Constituição de 1934 – Esta inovou fortemente quanto à organização do Estado.

Com efeito, não obstante declarar que “São órgãos da soberania nacional, [...], os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (art. 3º), e tratar desses órgãos em capítulos próprios, essa Constituição abre dois outros capítulos: sobre a “Coordenação dos Poderes” (Cap. V) e sobre os “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (Cap. VI).

A “coordenação dos poderes” foi conferida ao Senado Federal, função essa semelhante àquela denominada Poder Moderador na Carta monárquica, e agora consistia em “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição” (art. 88). Quanto à função legislativa, ao Senado competia apenas colaborar (art. 22).

Já a função de “cooperação nas atividades governamentais” foi conferida a três órgãos: o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos.

Essa concepção do Ministério Público como órgão de “cooperação nas atividades governamentais”, por certo, é inadmissível hoje, quando se o concebe como órgão da própria sociedade, que se ergue em forma estatal, para, ombreando-se aos demais órgãos de Poder, exercer funções próprias, em defesa da sociedade, e sua cooperação com os demais órgãos só se dá naquele nível elevado em que se encontram todos os órgãos do Estado: onde se situa o interesse da sociedade, titular do Poder, e, portanto, a quem todos os órgãos devem convergir.

No entanto, compreendida historicamente essa concepção corporativo-estatal do constituinte de 1934, é de se notar um enorme avanço na evolução da instituição Ministério Público. Com efeito, ainda que, aí, não se tenha garantido independência funcional aos membros da instituição, nem autonomia ao órgão estatal, e nem mesmo indicado quais eram aquelas funções, concebeu-se o Ministério Público fora daquela divisão tripartida de órgãos da Soberania. Sua função era cooperar na atividade estatal, quer legislativa, quer executiva, quer judiciária, a partir da noção de que sua função era fiscalizar o cumprimento da lei, a qual, de maneiras diferentes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário estão comprometidos.

Mas, além desse aspecto simbólico e de um estatuto bastante detalhado (arts. 95 a 98), com previsão de sua organização por meio de lei, à instituição foram conferidas garantias tais como: aprovação, pelo Senado, do nome indicado pelo Presidente da República para o cargo de Procurador-Geral da República, que já não mais seria um ministro do STF, mas cidadão que preenchesse os mesmos requisitos exigíveis para essa função, sendo-lhe garantido, ainda, os mesmos vencimentos; equiparação dos vencimentos dos chefes dos Ministérios Públicos locais com os de desembargador; concurso público para ingresso na carreira, e garantia ao cargo, salvo decisão em processo judicial ou administrativo, assegurando-se ampla defesa.

A grande fraqueza da instituição estava na possibilidade de destituição do Procurador Geral da República *ad nutum*.

2.2.3. A Constituição de 1937 – Conforme se sabe, o suspiro democrático do Estado Novo, canalizado pela Constituição de 1934, foi interrompido pela famosa Carta de 1937. O Ministério Público foi atingido fortemente por esse golpe da Revolução.

Essa Carta não proclama a *separação de poderes*. Não obstante, segue o mecanismo da tripartição do exercício do Poder, conforme se vê em seu texto.

Aboliram-se aquelas inovações na estrutura do Estado intentadas pela Carta de 1934, suprimindo-se os capítulos sobre a “Coordenação dos Poderes” (Cap. V) e sobre os “Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Em compensação, a Carta de 1937 trouxe uma novidade: o Senado passou a ser Conselho Federal, composto de “representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República” (art. 50), e seria “presidido por um ministro de Estado, designado pelo Presidente da República” (art. 56).

É importante (no mínimo curioso) observar a “retórica do Poder” nessa Carta: “O poder político emana do povo e é exercido em nome dele, e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade” (art. 1º).

É de se creditar ao redator da Carta o acerto da expressão “poder político”. Com efeito, seria redundante a expressão Poder (“P”) político. Por outro lado, ao proclamar que o poder político emana do povo, mas não prevendo órgãos autônomos para exercer esse poder, o ditador-Constituinte, que, na condição de Chefe do Executivo, detinha inúmeras formas de controle sobre a organização dos serviços legislativos e judiciários e sobre o exercício das respectivas funções, acabava por ser de direito e de fato o ente catalisador do Poder, “que emana do povo”. E, conseqüentemente, “o interesse”, “o bem-estar”, “a honra”, “a independência” e “a prosperidade” do povo eram aquilo que o ditador entendia como tal. Isso, que é a essência da ditadura e é demonstrado empiricamente por tantos quantos se debruçam na análise histórico-político-sociológica daquele período, é extraído já da hermenêutica da Carta Política.

Suprimido o capítulo do Ministério Público, este voltou a ser apenas referido, e no capítulo relativo ao Judiciário, para dizer que o Procurador-Geral da República é Chefe do Ministério Público Federal. Mas, agora, ao contrário da Carta de 1891, o PGR não seria mais um dos membros do STF; e, ao contrário da Carta de 1934, sua nomeação prescindia de aprovação do Senado (agora denominado Conselho Federal): era de “livre nomeação e demissão do Presidente da República” (art. 99). Mas – grande conquista!... – previu-se que “Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogado ou membros do Ministério Público”, pelo Presidente da República, mediante lista tríplice do tribunal. Dada a composição predominante do MP àquela época, quem ditou a Constituição de 1937 certamente quis no Judiciário uma voz – e um voto! – que exprimisse a vontade do Chefe do Executivo, então ditador (extrema cautela, pois isso já não lhe faltaria entre os membros do Judiciário). Mas isso é apenas um exemplo de como o povo pode apropriar-se de instituições concebidas autoritariamente e transformá-las em instrumento da democracia (independentemente da crítica, ainda hoje pertinente, ao denominado *quinto constitucional*).

Sobre a função do Ministério Público nada se mencionou, senão indiretamente, ao cuidar da “cobrança da dívida ativa da União”, para dizer que podia ser cometida “ao Ministério Público dos Estados a função de representar em juízo a Fazenda Nacional” (parágrafo único do art. 109). Do que se conclui, *a contrario sensu*, que a função do Ministério Público Federal prestigiada pela Carta de 1937 era cobrar a dívida ativa da União.

2.2.4. A Constituição de 1946 – A Carta de 1946 voltou a proclamar a tripartição do exercício do Poder, agora inovando com a inadequada expressão “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si” (art. 36).

O “Conselho Federal” voltou a ser Senado Federal, e com função legislativa típica (a inovação, aqui, foi a outorga ao Vice-Presidente da República da função de presidente do Senado – art. 61).

Pode-se dizer que foi a Constituição de 1946 (talvez a primeira síntese de um processo realmente democratizante de nossa história) que deu estatuto ao Ministério Público. Nessa Carta, o Ministério Público é instituído como órgão autônomo na estrutura do Estado. Topograficamente, é-lhe dada posição de realce, pois vem disciplinado num Título (III) próprio, ao lado daquele (Título I) destinado aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que são tratados em Capítulo. É de se observar que, enquanto os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aparecem como órgãos da União, o Ministério público deixa de figurar apenas como órgão da União, para sobrepor-se à estrutura federativa, surgindo como órgão da sociedade. Para melhor visualizar essa verdadeira revolução topográfico-constitucional, vejamos o esquema da organização do Estado brasileiro na Carta de 1946:

Título I – Da Organização Federal.

(Com capítulos contendo disposições preliminares, dispondo sobre o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.)

Título II – Da Justiça dos Estados.

Título III – Do Ministério Público.

Título IV – Da Declaração de Direitos.

E assim por diante.

Mas, obviamente, não é essa posição topográfica que confere ao Ministério Público, na Constituição de 1946, importância no Estado brasileiro; mas ela é reflexo da importância que os constituintes lhe deram, conforme se apreende dos arts. 126 a 128 a ele dedicados. A primeira consiste, conforme já dito, no fato de, pela primeira vez, ter-se instituído, em nível constitucional, o órgão Ministério Público como instituição nacional, e não mais como simples serviço da União; segundo, elevou-se em nível constitucional, ainda que implicitamente, a função própria de Ministério Público, na medida em que o parágrafo único do art. 126 previu, a título de exceção, que “A União será representada em juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local”; terceiro, estabeleceu a exigência do concurso público para ingresso na carreira, a garantia da estabilidade e da inamovibilidade; quarto, previu a edição de lei dispondo sobre a organização do Ministério Público da União e do Ministério Público dos Estados, estendendo a este aquelas garantias.

Voltou a exigência de aprovação, pelo Senado, do nome indicado pelo Presidente da República ao cargo de Procurador-Geral da República. Mas a demissão deste continuou sendo possível *ad nutum*.

Subjacente a esse estatuto, está a compreensão, do Constituinte, de que a função ministerial não é de natureza legislativa, nem propriamente executiva e tampouco judiciária; mas bem diversa das três. É certo que algumas dessas características e/ou garantias são dadas também a outras instituições e agentes do Estado. Assim é que as Forças Armadas estão também previstas em Título próprio; mas, funcionalmente, essa instituição está afeta ao Poder Executivo, por expressa disposição constitucional (arts. 87, XI, 176, 178, 179, § 1º), já o Ministério Público, não. E aos funcionários públicos em geral (também previstos

em Título próprio, com garantias semelhantes àquelas previstas ao Ministério Público), não lhes é outorgada função própria, senão aquelas que se verificarem em face das necessidades da Administração, e não lhes é prevista uma Chefia própria, ao contrário do Ministério Público (Procurador-Geral da República), e mediante alguma forma de controle por parte do Legislativo. São essas várias características/garantias que, na Carta de 1946, confere ao Ministério Público um estatuto próprio, diverso – ainda que com fortes vínculos com o Executivo – daqueles dos demais órgãos de Poder.

2.2.5. A Constituição de 1967/69 – Conforme se sabe, o golpe de estado de 1964 manteve a Constituição de 1946, que foi sucessivamente modificada por emendas constitucionais e “atos institucionais”. Em 7 de dezembro de 1966, editado o Ato Institucional n. 4, pelo Marechal que então presidia a República, foi convocado o Congresso Nacional para “votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”.

É de se registrar, porém, que, sob o aspecto normativo, o Ministério Público manteve-se praticamente intocável sob as emendas constitucionais e atos institucionais referidos; e também a Carta promulgada pelo Congresso Nacional em 24 de janeiro de 1967, praticamente, repetiu as normas contidas na Constituição de 1946 referentes ao MP. Apenas não o previu em título/capítulo próprio, mas disciplinou-o em seção dentro do capítulo destinado ao Poder Judiciário (nos arts. 137/139).

Sob a formal vigência da Constituição de 1967, em 13 de dezembro de 1968, foi editado o Ato Institucional n. 5, pelo qual o Marechal Presidente da República auto-autorizou-se a decretar o recesso do Congresso Nacional, ficando o Presidente da República, durante o recesso do Congresso, investido do poder legislativo pleno; e, concomitantemente, foi editado o Ato Complementar n. 38, decretando o recesso...

Assim, com fundamento nesses “atos revolucionários”, em 17 de outubro de 1969, a junta militar que agora exercia a Presidência da República “promulgou” a Emenda Constitucional n. 1, que também é chamada de “Constituição de 1969”.

Essa “Constituição” também não promoveu grande modificação naquele estatuto que o Congresso Nacional havia conferido ao Ministério Público em 1967, além de retirá-lo do capítulo destinado ao Judiciário e destinar-lhe uma seção no Executivo (arts. 94 a 96). Mas promoveu-lhe uma, apenas uma, significativa mudança: o Chefe do Ministério Público Federal passou a ser de livre nomeação do Presidente da República, prescindindo-se, portanto, da aprovação do Senado.

Além dessa tópica e substancial modificação (a livre nomeação do PGR pelo Presidente da República) e daquela outra menos substancial mas fortemente simbólica (a supressão do título que lhe era próprio e sua inclusão, respectivamente, no capítulo do Poder Judiciário e do Poder Executivo), o Ministério Público manteve-se, sob as Constituições de 1967/1969, formalmente, com o estatuto desenhado pela Constituição democrática de 1946; mas em hibernação, semelhantemente às demais instituições, particulares ou estatais, das quais erguiam-se apenas um ou outro membro.

3. A “separação de poderes” e o Ministério Público na Constituição 1988

3.1. “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – diz o art. 2º da Carta Política de 1988. Essa Carta repetiu a fórmula jurídico-doutrinária consagrada da tripartição das funções do Poder, com as imprecisões terminológicas também já consagradas.

Analisando-se as palavras desse dispositivo da Lei Maior, constata-se, nelas impregnadas, a ideologia corporativa do Poder a que acima se referiu. Com efeito, Legislativo, Executivo e Judiciário não são *Poderes*, conforme apregoa a Lei Maior (até porque o Poder é uno), mas são órgãos de exercício do Poder; e não “da” União, mas do povo, ou da nação (porque o Poder não pertence à União, mas se o exerce “na” União, e também nos estados e nos municípios exerce-se o Poder²⁹). É de se observar, também, que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e Poder Judiciário, na condição de órgãos da estrutura do Estado, não são independentes, mas somente autônomos entre si. *Independência* pode-se dizer apenas de seus agentes, e no que diz respeito a suas convicções no desempenho das funções que lhes cabem, nos limites da Constituição e das leis, pois, aí, expressam a Soberania, que, ao fim e ao cabo, requer uma pessoa natural que lhe dê voz e ação. Mas os órgãos burocráticos são autônomos entre si, porque se fossem independentes, cada um erigir-se-ia em Estado.

3.2. A Constituição, ao dispor sobre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, não se refere às *funções* desses órgãos-instituições (respectivamente, editar normas gerais dispondo sobre a relação entre os membros da comunidade e deles para com o Estado, fazer executar as normas, especialmente as últimas, e dirimir litígios decorrentes da interpretação das normas – em essência). Isso se deve à circunstância de suas funções já estarem consagradas e cristalizadas na teoria política e na doutrina jurídica. Mas sim, a Constituição refere-se às competências dos vários ramos desses órgãos; e o faz de maneira detalhada, especialmente quanto ao Judiciário, dado o grande desenvolvimento dessas instituições no Estado, ao longo do tempo, e sua conseqüente burocratização³⁰.

Já quanto ao Ministério Público, porque inovadora nesta parte, a Lei Maior dita as suas funções, no art. 127, *in verbis*: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Observe-se que o Ministério Público é instituição essencial ao Estado brasileiro, em sua função jurisdicional, e não ao órgão Poder Judiciário, que também é essencial à função jurisdicional do Estado.

É de se observar, ainda, que a Advocacia, não obstante estar prevista no mesmo Capítulo em que está o Ministério Público – “Das funções essenciais à Justiça” –, quando

²⁹ Nos estados, por meio do Legislativo, Executivo e Judiciário; nos municípios, por meio do Legislativo e do Executivo, em conformidade com a Constituição vigente.

³⁰ Cf. arts. 44/58, sobre o Poder Legislativo; arts. 76/91, sobre o Poder Executivo; arts. 92/126, sobre o Poder Judiciário.

exercida por iniciativa privada, o advogado não é agente público; e, mesmo que exercida por iniciativa pública (Advocacia Pública e Defensoria Pública), o *advogado do ente estatal* e o *defensor público do particular* estão vinculados à defesa de um interesse específico e próprio do ente ou pessoa, pelo que, a eles – advogado e defensor público – aplica-se, subsidiariamente, o estatuto do advogado particular. Conseqüentemente, não há que se cogitar de qualquer semelhança entre a função da advocacia, particular ou pública, e a do membro do Ministério Público, no plano em que se discute aqui, uma vez que na advocacia não se exerce o Poder de que aqui se cuida, que é o Poder do Estado, como suposto canalizador da *vontade geral*; mas o poder que se exerce com a advocacia pertence àquela parte que remanesce no seio da sociedade. A simetria entre a função do Ministério Público e a da advocacia dá-se apenas no plano processual-formal; mas não no plano substantivo, porque o membro do MP fala em nome da *sociedade*, e o advogado, em nome de uma pessoa, física ou jurídica. Daí por que a Lei Maior diz que o advogado é “indispensável à administração da justiça” (art. 133), diferentemente do Ministério Público que é “essencial à função jurisdicional do Estado”.

3.3. A Carta de 1988, no Título IV, dispõe sobre “a organização do Poder”. Conforme se lê, esse Título é dividido em quatro Capítulos: “I – Do Poder Legislativo”; “II – Do Poder Executivo”; “III – do Poder Judiciário”; “IV – Das Funções Essenciais à Justiça”.

E o Capítulo IV é dividido em três Seções: “I – Do Ministério Público”; “II – Da Advocacia Pública”; “III – Da Advocacia e da Defensoria Pública”.

Fugindo do modelo das Cartas imediatamente anteriores (1967/9), e optando por modelos anteriores (1934 e 1946), o Constituinte de 1988 não inseriu o Ministério Público em nenhum daqueles três órgãos tradicionais de exercício do Poder, mas dispõe sobre ele em capítulo à parte.

Ainda que a forma como a matéria vem organizada no texto não seja fundamental à interpretação da norma, ela apresenta algum interesse, pois denota processo intelectual subjacente ao texto, e, portanto, é recurso subsidiário de sua interpretação.

Mas, analisando-se o estatuto constitucional do Ministério Público, conclui-se que, em consonância com sua posição tópico-textual, a Carta Política também confere autonomia a esse órgão do Estado, e independência a seus membros³¹, no mesmo grau em que conferiu aos demais órgãos e agentes políticos do Estado. E mais: incumbe esse órgão

³¹ Diverge-se, sobretudo na prática forense, quanto ao emprego das palavras “órgão”, “membro” e “representante” para significar o agente do MP que pratica o ato concreto. Na linha de Hugo Nigro Mazzilli, entendo mais adequado utilizar-se a palavra “órgão” para referir-se à própria Instituição, em relação ao Estado, ou a uma estrutura burocrática da Instituição com relação a toda esta. Com efeito, se a palavra “representante” é mesmo inadequada, porque a Instituição é formada por seus respectivos agentes, e, portanto, estes não a representam mas a fazem presente, a palavra “membro” bem exprime a idéia, porque demonstra essa consubstanciação, essa integração a um mesmo corpo (=instituição). E, por outro lado, ao contrário do que pretendem alguns, o agente não é a Instituição, que é formada por todos os seus agentes, e cada um destes, apenas, agindo nos limites da Constituição e das leis, tem a prerrogativa de exprimir, de empenhar a Instituição, independentemente de mandato escrito ou ordem superior. Ademais, não há por que preferir a palavra “órgão” à palavra “membro”, pois, vernacularmente, a primeira também exprime a idéia de parte do corpo (=instituição). Assim, que a palavra “órgão”, com sua carga de significação burocrática, seja utilizada para designar o que de burocrático tem; e a palavra “membro” seja empregada para designar o agente, pessoa física, que, literalmente, é membro, e não “órgão”, da Instituição.

do exercício de funções que, pela sua natureza e universalidade, visam à consecução da *vontade geral*, supostamente pactuada na Carta Política.

Dado que o Poder, uno, não se exerce, necessariamente, somente por meio de três órgãos estatais, conforme visto acima, há que se analisar mais detidamente essas características do Ministério Público, para se verificar se ele constitui um órgão de exercício do Poder no Estado brasileiro.

Já se adiantou, pois, o entendimento, com base em noções gerais, de que, na Constituição Brasileira de 1988, o Ministério Público é um órgão de exercício do Poder, tal qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Impõe-se, no entanto, que isso seja demonstrado mais detalhadamente, a partir da análise do estatuto do Ministério Público no Texto Constitucional.

As linhas básicas desse estatuto são:

Quanto aos fins:

- 1) Sua essencialidade ao Estado, no exercício da função jurisdicional.
- 2) A função de defesa do regime democrático.
- 3) A titularidade da ação penal pública.
- 4) A função de fiscalizar os demais órgãos de exercício do Poder (seus serviços e servidores), quanto ao efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição.
- 5) O poder de requisitar documentos e informações a qualquer autoridade do Estado.
- 6) O controle externo da atividade policial.

Muitas outras funções do Ministério Público, constitucionalmente previstas, podem se revestir de apreciável conteúdo político, em grau não admissível ao servidor público em geral, sujeito à hierarquia. Penso, porém, que as acima listadas são aquelas que, em sua essência, contêm elementos do Poder.

Quanto aos meios:

- 1) A independência funcional de seus membros.
- 2) A autonomia funcional da instituição.
- 3) A autonomia administrativa e financeira da instituição.
- 4) O poder de iniciativa de lei, quanto a matéria de seu interesse.
- 5) A existência de Chefia própria, empossável e afastável mediante processo complexo de controle por parte de outros órgãos do Poder.

(Isto fica para uma outra oportunidade).

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 3. ed. São Paulo: Atena Editora, s.d. (Biblioteca Clássica, vol. XXXIX).
- BOBBIO, Norberto. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução coordenada por João Ferreira. 5. ed. Editora Universidade de Brasília/Imprensa Oficial, 1983.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- LOCKE. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção *Os Pensadores*).
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marques Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção *Os Pensadores*).
- ROUSSEAU. *Do contrato social*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção *Os pensadores*).
- VALLADÃO, Alfredo. O Ministério Público no Tribunal de Contas. *Jornal do Comércio*, Rio de Janeiro, 19 abr. 1914.

Textos legais citados:

Constituições Brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/9 e 1988.

Lei Complementar n. 40/81.

Lei Ordinária n. 7.347/85.