

A instituição do Ministério Público perante a ação penal pública

JOÃO CARLOS KURTZ

Procurador-Geral de Justiça do Estado
de Santa Catarina

Em artigo publicado em **O Estado de S. Paulo**, edição de 22 do mês de junho de 1982, o Prof. DAMÁSIO E. DE JESUS, ao abordar a questão do procedimento penal de ofício por ato de juiz ou autoridade policial, em confronto com o que dispõem os arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — a respeito da exclusividade do exercício de funções inerentes ao Ministério Público, em especial a ação penal pública, inserida dentro das funções institucionais do **parquet**, chegou às seguintes conclusões:

a) de que a vedação contida no art. 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981 (“É vedado o exercício das funções do Ministério Público a pessoas estranhas”), além de não ter o condão de revogar normas estabelecidas no

Código de Processo Penal e em algumas leis extravagantes, que integrariam o que o ilustre penalista chama de "sistema harmônico e conciso a respeito da iniciativa da ação penal", não poderia, doutra parte, ter outro destinatário que não o Promotor *ad hoc* do Interior do Brasil, já que a expressão "pessoas estranhas" deve ser tida como menos adequada para designar, no caso, juízes e delegados;

b) de que a inserção da iniciativa da ação penal pública, dentro das funções institucionais do Ministério Público, não impede que idêntica atribuição se inclua entre as funções institucionais de membros de outra carreira.

Não pretendo, nem a tanto me proponho, enveredar pelo caminho percorrido pelo Prof. DAMÁSIO DE JESUS, para apreender o alcance dos preceitos contidos nos arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981. E não o faço, pela simples razão de que não vejo como se possa penetrar o verdadeiro sentido de uma norma de gênese constitucional, sem que se insira no sistema que ela veio habitar, isto é, o das normas constitucionais, que balizam e regem a validade e eficácia das regras de direito ordinário, dentre as quais as do Código de Processo Penal e demais leis auxiliares.

Não vejo, por igual, como se possa cuidar do sentido e da abrangência de um preceito legal que implica na dedução de conceitos como "Constituição, lei complementar, instituição e função institucional", à luz, tão-somente, do impacto que esta norma possa causar em parcela reconhecidamente excrescente — é bom que se diga — do sistema normativo processual ou, o que é menos próprio, à vista de disposições que dizem mais com as orientações protocolares.

Aqui, então, o meu primeiro reparo ao trabalho do ilustre Prof. DAMÁSIO DE JESUS. A regra contida no art. 3º, II, da Lei Orgânica do Ministério Público, da qual é consequência lógica e até de cunho pedagógico a redação do art. 55, por se constituir em preceito de caráter constitucional, ainda que complementar, não pode ser confrontada com regras que lhe são hierarquicamente inferiores, mormente se estas são de caráter instrumental.

Para que se chegue a esta conclusão, faz-se necessária uma análise mais detida sobre o que sejam funções institucionais, partindo-se, é óbvio, do conceito de instituição.

Não cabe aqui, é evidente, dissecar as teorias que tratam da instituição. Se ela seria, ou não, uma "organização social pré-jurídica", configu-

rando “a existência de uma ordem espontânea anterior ao direito histórico”, segundo a concepção da teoria institucional do direito, ou, ao contrário, uma realidade criada pelo direito positivo. De uma ou de outra forma concebida, o que resta certo, como afirma LUIZ FERNANDO COELHO, é que a palavra instituição “só se aplica às organizações que, produto da evolução do povo, são por ele efetivamente acatadas, pois que correspondem às suas aspirações e à sua índole, e, por isso, tendem a permanecer, a despeito das modificações por que passam as normas jurídicas que as definem” (in **Enciclopédia Saraiva**, vol. 44, pág. 512).

Do cotejo deste conceito, que define a instituição como obra perene da vontade do grupo social, com o que vem disposto no § 1º do art. 1º da Constituição federal, segundo o qual todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, liga-se de imediato, como faz PLÁCIDO E SILVA, a idéia de instituição à idéia de soberania. E as instituições de uma nação são precisamente isso: organizações sociais e políticas concebidas pela vontade nacional, absolutamente essenciais à vida da sociedade politicamente organizada, em que a Constituição, como afirma BURDEAU, atua como **quadro**, elaborado pela vontade da nação para acolher as instituições de uma época e em que “cada órgão dotado constitucionalmente de competência tem sua atuação circunscrita por aquela repartição, ficando impossibilitado de delegar sua titularidade, pois que ninguém delega aquilo de que não é dono” (JOÃO BOSCO L. DA FONSECA, in **Revista de Informação Legislativa**, 56, p. 171).

Ora, se as instituições foram concebidas como verdadeiras colunas de sustentação da nação; se são a própria vontade da nação rumo ao futuro, é inadmissível a hipótese de que possam os entes institucionais ver-se privados, por qualquer razão, de suas funções, perdendo a sua substância, a sua essência, pela perda de uma ou mais de suas funções institucionais.

Seria admissível, por exemplo, que o Poder Judiciário perdesse a função institucional de julgar este ou aquele tipo de ação? Seria admissível, também, e ainda em exemplo, que ao Poder Legislativo fosse vedado o exame deste ou daquele projeto de lei? Seria crível, por fim, que ao Poder Executivo fosse obstada a condução da política exterior do País ou, às Forças Armadas, a função de garantir o funcionamento de um dos Poderes constituídos?

É evidente que não. As funções institucionais, assim identificáveis por sua própria natureza ou como tais definidas pela norma de caráter constitucional, são indelegáveis, irrecusáveis e indivisíveis, o que torna inaceitável a afirmativa de que poderiam ser delegadas a outras instituições. E

não se argumente com o desvio de poder — tão comum no ordenamento jurídico brasileiro — porque é exatamente isso que se pretende evitar no caso agora em exame, quando se discute sobre a hipótese de se **retirar** do Ministério Público a função institucional de promover com exclusividade a ação penal pública, **poder-dever** que não só lhe é conferido pela Lei Complementar nº 40/81, mas que está intimamente ligado à vida e à história da instituição que agencia a pretensão punitiva do Estado. E tanto é pior quando se percebe que esse esvaziamento funcional do Ministério Público vem sendo pretendido não em razão de interpretação que se dê a preceitos de ordem constitucional, mas em nome, simplesmente, da preservação de regras de natureza instrumental, inseridas no sistema processual penal brasileiro, que data de 1941 e está em vias de ser integralmente reformulado.

Outro ponto interessante e que me proponho agora enfrentar, aventado no artigo que motivou este trabalho, diz respeito à afirmação feita de que o parágrafo único do art. 55 da Lei Complementar nº 40, de 1981, está a indicar claramente que o objetivo do **caput** não era vedar o exercício de todas as funções do Ministério Público, institucionais ou não, a pessoas estranhas à carreira. É curioso. Tenho para mim que o parágrafo único do art. 55 quer dizer exatamente isso. Ainda que o legislador não tenha feito, expressamente, a distinção entre funções do Ministério Público e funções institucionais do Ministério Público, a exceção prevista no aludido parágrafo está a indicar precisamente isso. Além de ser o único caso de delegação de função do Ministério Público a pessoa estranha à carreira, a delegação incide sobre função indireta ou auxiliar da instituição e não sobre função institucional, direta e essencial, como aquelas elencadas sob o **caput** do art. 3º. Vê-se, assim, que, quando o legislador poderia ter se contentado com a titularidade exclusiva para o Ministério Público das funções que lhe são essenciais, isto é, as institucionais, foi muito além, vedando o exercício de todas as funções do **parquet** a pessoas a ele estranhas, com a exceção apontada.

Ainda a respeito do tópico, outro aspecto que merece realce é quanto à situação do Ministério Público Federal com relação à Lei Complementar nº 40, de 1981. Alguns têm-se preocupado com este alcance, tendo em vista que a Lei Orgânica do Ministério Público estabelece normas gerais a serem adotadas no Ministério Público estadual. Valem aqui, mais uma vez, os conceitos acima emitidos acerca das funções institucionais do Ministério Público e aquelas chamadas indiretas ou auxiliares.

A própria Lei Orgânica do Ministério Público não deixa margem para dúvidas quanto à aplicabilidade de alguns de seus dispositivos ao Ministé-

rio Público da União. E são aqueles, precisamente, que cuidam da instituição como ente constitucional “essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 1º); dos princípios e funções institucionais (arts. 2º e 3º); das atribuições dos membros do Ministério Público (art. 15); da vedação do exercício das funções a pessoas estranhas à instituição (art. 55). Como se há de notar, a Lei Orgânica do Ministério Público, quando trata dessas questões fundamentais, **comuns** ao Ministério Público como instituição nacional, o faz indiscriminadamente, isto é, sem se referir ao Ministério Público dos **Estados** ou **estadual**. Já quando edita normas de alcance contido, vale dizer, peculiares ao Ministério Público dos **Estados**, alerta, invariavelmente, ao destinatário da regra, usando as expressões do **Estado** ou **estadual**. Veja-se, a título de exemplo, os arts. 4º, 5º, 6º, 9º, 11, 12, 14, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 25, 32, 38, 42 e tantos outros.

Vê-se, então, que na espécie agora enfocada, em que se discute a titularidade exclusiva para a promoção da ação penal pública, a Lei Complementar nº 40, de 1981, não deixa de agasalhar, também, o Ministério Público da União.

Finalmente, e no que tange ao aspecto até aqui enfocado, restaria indagar quanto à força da lei complementar em relação aos dispositivos contidos no Código de Processo Penal e leis extravagantes auxiliares.

Não resta a menor dúvida, que a lei complementar, o equivalente brasileiro às leis constitucionais de LOEWENSTEIN, é um **tertium genus** entre a Constituição e as leis ordinárias, já que as emendas à Constituição, quando aprovadas, passam a integrar a própria Constituição. E, sobre o impacto da lei complementar na legislação ordinária preexistente, invoco a lição de PINTO FERREIRA:

“A lei ordinária não pode destarte revogar a lei complementar, sendo evidentemente nula toda a lei ordinária ou parte dela que contraste com a lei complementar. A maneira inversa, a lei complementar, por força de sua posição hierárquica, revoga as leis ordinárias, impondo-lhes homogeneidade e integração à sua letra e a seu espírito.”

E continua o autor:

“O campo específico de incidência das leis complementares não pode ser invadido por outras normas jurídicas, exceto uma emenda à Constituição. Assim sendo, as leis ordinárias, as leis delegadas, os decretos-leis, os decretos legislativos e as resolu-

ções não têm força para invalidar as leis complementares no campo específico das ordenações que elas regulam constitucionalmente" (in *Enciclopédia Saraiva*, 48, págs. 497/499).

Diante da lição de PINTO FERREIRA, caberia, então, a pergunta: se a lei ordinária não pode sequer adentrar o campo reservado às matérias sensíveis à lei complementar, assim definidas na Constituição, como se explica que o Código de Processo Penal, vigente há tantos anos, assim o fez? Ocorre que a previsão constitucional para que o Ministério Público dos Estados fosse organizado por lei complementar só foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, que, alterando a redação do art. 96 da Constituição, inseriu o parágrafo único que assim dispõe:

"Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual..."

Ora, se a inovação data de 1977 e as Constituições anteriores, mesmo a Emenda de 1969, nada dispunham sobre a organização do Ministério Público por via de lei complementar, o legislador ordinário sentiu-se à vontade para dispor sobre a função do Ministério Público no processo penal, hipótese hoje completamente afastada.

Sobre-resta abordar a alegação de que a expressão "pessoas estranhas" à carreira, usada no art. 55, não poderia ser dirigida a juízes e delegados, pois que impróprias para designar aquelas autoridades. E aqui concordo, em parte, com o ilustre articulista. De fato, dita expressão não se refere, especificamente, a juízes e delegados. Seus destinatários são os serventes dos Fóruns do interior, os oficiais de justiça, os cabos de plantão, os comissários, os comerciantes e, também, os juízes e delegados. Os destinatários da vedação são todos aqueles que, por esta ou aquela razão, com investidura ou não, com habilitação técnica ou não, exercitaram através dos tempos funções que a Nação não lhes delegou. A norma constitucional não se dirige a pessoas, a cargos, a categorias funcionais. A Constituição e as leis complementares à Constituição, pelo princípio de sua supremacia, que repousa na vontade e nos anseios fundamentais da Nação, adentram o grande sistema do direito positivo, sem freios, sem pruridos e sem cautelas, na certeza de que o ordenamento jurídico inferior haverá de se adaptar à nova realidade jurídica, sem que elas precisem declinar, expressamente, que os preceitos que com elas não se compatibilizem estão revogados.

O debate está aberto a toda comunidade jurídica nacional. Os Tribunais de todo o País já começam a enfrentar a questão, assim como já

alinham a sua contribuição os melhores juristas. Confio, tão-somente, que todos os que se aventurarem ao tema haverão de fazê-lo sem perder de vista a floresta, a que se refere ORLANDO GOMES, no seu livro, **A Crise do Direito**, não deixando ao largo o verdadeiro objeto dessa questão: a preservação da higidez das instituições nacionais, que não podem ser mutiladas ao sabor de pretensões hegemônicas ou conveniências episódicas, fatores que não contam na dedução de princípios de gênese constitucional.

“Para que uma Constituição seja viva” — afirmou LOEWENSTEIN, citado por JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA —, “não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser efetiva, a Constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta nela. A Constituição e a comunidade terão que passar por uma simbiose. Somente neste caso cabe falar em Constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, pelo contrário, o processo do poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas. Para usar uma expressão da vida diária: A Constituição é como um traje que assenta bem e que se usa realmente” (in **Revista de Informação Legislativa**, 56/174).

Sumamente feliz a imagem de LOEWENSTEIN, principalmente se se tiver presente o momento de institucionalização definitiva do Ministério Público brasileiro, quando se vive “um instante de revisão do Direito Constitucional, revisão esta que exige se conheça a origem e a idéia-mater de cada uma de suas instituições” e segundo a inspiração que predomina na sociedade, como apregoa MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (in **Revista de Informação Legislativa**, 64/80).

E qual a “inspiração que predomina na sociedade” no momento atual?

Nada melhor do que buscá-la nos Projetos dos Códigos Penal e de Processo Penal, recentemente enviados ao Congresso Nacional e que representam não somente a obra do que há de melhor no intelecto jurídico brasileiro, mas, também — e o que é mais importante — uma irresistível tendência ao fortalecimento das instituições que têm a seu cargo a missão de recompor a ordem jurídica violada pelo delito.

E lá está, no art. 100, do Projeto do Código Penal, que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. E diz seu § 1º: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.” E o art. 5º do Projeto do

Código de Processo Penal é mais enfático: "A ação penal é pública, promovendo-a o Ministério Público. Não se admite procedimento de ofício."

Poder-se-ia alegar, finalmente, que o simples fato de reservarem os aludidos projetos a titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público não autoriza o entendimento de que a Lei Complementar nº 40/81 tenha pretendido fazê-lo. Se, num derradeiro gesto de boa vontade, tanto eu pudesse admitir, ainda me restaria a instância de buscar, na vontade do legislador, ou, ao menos, na origem da Lei Complementar do Ministério Público, e que é a mesma dos projetos agora sob o crivo do Congresso Nacional, isto é, o Ministério da Justiça, a melhor orientação para a questão.

Colho, então, da Exposição de Motivos do Senhor Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, ao Projeto do Código de Processo Penal, quando se referia ao Ministério Público:

"Já no projeto de sua organização, que tive a honra de submeter à alta consideração de Vossa Excelência e do qual resultou a Lei Complementar à Constituição nº 40, de 14-12-81, buscávamos conferir ao Ministério Público a dignidade de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **reconhecendo-lhe não apenas a condição de titular exclusivo da ação penal pública** e de fiscal da aplicação da lei, mas também a de responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade."

Se adotasse tal procedimento, a par de me ver confortado nas deduções que acabo de fazer dos arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40/81, não sofreria o embaraço de inovar na busca da melhor interpretação de texto legal, já que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, e como é notório, provocou a Presidência da República para que esta declinasse o verdadeiro alcance de dispositivo de decreto-lei que dispõe sobre cálculo de adicionais por tempo de serviço da magistratura nacional.

Por tudo isso, impõe-se a conclusão:

A Lei Complementar nº 40, de 1981, por ser hierarquicamente superior à legislação ordinária e atuar no campo específico que lhe foi reservado pela Constituição, ao entrar em vigor, revogou todas as normas de direito ordinário, quer inseridas no Código de Processo Penal, quer em outros diplomas, que permitiam a pessoas estranhas à carreira do Ministério Público o exercício de funções típicas da instituição.