

AS ATRIBUIÇÕES E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA*

Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG*

“O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.” Paulo Bonavides ¹

Ementa: O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela também o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas, nem restringidas. Nada impede, porém, a ampliação das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa, por certo, a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental. Essas diretrizes, no neoconstitucionalismo, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o administrador público, os particulares, bem como todos os operadores do direito e, inclusive, as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização.

1 INTRODUÇÃO

A presente tese destina-se a analisar e a defender o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas superconstitucionais ou pétreas que admitem ampliação, mas nunca a supressão ou a restrição.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atualmente, assessor especial da Procuradoria-Geral de Justiça. Mestre em Direito Processual Civil e doutor em Direito Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1 Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão *et al.* *Ministério Público e a ordem social justa*, p. 350.

Cláusulas superconstitucionais são cláusulas que compõem o núcleo e a estrutura de uma Constituição democrática e, por isso, não podem ser suprimidas ou restringidas pelo legislador constitucional ou infraconstitucional. No novo constitucionalismo, tais cláusulas assumem tanto função de proteção quanto função de efetivação/concretização da Constituição e das suas instituições democráticas.

O breve texto está dividido em cinco tópicos, além da introdução e das referências bibliográficas. Após abordar a consagração do Ministério Público como Instituição constitucional e enfrentar alguns aspectos das suas atribuições e garantias constitucionais, a tese aborda o Ministério Público como cláusula pétrea, sustentando que as atribuições e garantias da Instituição são cláusulas superconstitucionais. Finaliza o texto o 5º tópico, contendo a apresentação de algumas premissas conclusivas.

A utilidade da tese revela-se por suas incidência nas várias dimensões no plano do Direito e das relações sociais: reformas constitucionais; orientação jurisprudencial e doutrinária; compreensão e leitura do Ministério Público como Instituição constitucional; proteção e concretização do Ministério Público como Instituição constitucional social etc.

2 A CONSAGRAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A consagração do Ministério Público como Instituição constitucional fundamental ocorreu, verdadeiramente, somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Algumas Constituições anteriores até dispunham sobre o Ministério Público, mas o inseriam ora no Capítulo do Poder Judiciário (CF/67), ora no Capítulo do Poder Executivo (CF/69). Todas elas não conferiram a dimensão constitucional e social que foi atribuída à Instituição pela Magna Carta de 1988.

A Constituição Imperial de 1824 não dispunha sobre o Ministério Público como Instituição, tanto que, no Capítulo reservado ao Senado (Capítulo III), previa o seu art. 48: No Juízo dos crimes cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o Procurador da Coroa, e Soberania Nacional.

A primeira Constituição da República, que é a de 1891, também não tratava do Ministério Público como Instituição, dispondo sobre a matéria o Título I, na Seção III, reservada ao Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 58, § 2º: O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei. Nas suas disposições gerais, art. 81, § 1º, previa a CF/1891: 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.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição a dispor sobre o Ministério Público em dimensão nacional,² conferindo-lhe seção própria, porém, inserida entre os órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Título, Capítulo VI, seção I, arts. 95/98). O Ministério Público estava incluído ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. Dispunha o art. 95 da CF/34: O Ministerio Publico será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territorios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locaes. O §§ 1º, 2º e 3º do art. 95 consagraram as primeiras garantias constitucionais do Ministério Público. Em relação aos sub-

2 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*, p. 38.

sídios, a equiparação aos Ministros, no plano do Ministério Público Federal e, aos Desembargadores, no plano do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, somente era estendida em relação aos “Chefes do Ministério Público”, os quais não precisavam ser de carreira. Aos demais membros nomeados mediante concurso público, dispunha o § 3º do art. 95: Os membros do Ministério Público criados por lei federal e que sirvam nos juízos comuns serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes seja assegurada a ampla defesa.

A Constituição Federal autoritária de 1937 é apontada por Hugo Nigro Mazzilli³ como um severo retrocesso em relação ao Ministério Público. Somente alguns artigos esparsos do Capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal (arts. 97/102) faziam menção à escolha e demissão do Procurador-Geral da República e à competência para o seu julgamento.

A Constituição democrática de 1946 tornou a conferir caráter nacional ao Ministério Público, disciplinando-o no Título III – Do Ministério Público (arts. 125/128). Previa o art. 125: A lei organizará o Ministério Público da União junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e à do trabalho. O art. 127 inseria, no plano constitucional, várias garantias ao Ministério Público: Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação motivada do chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. Entretanto, a chefia do Ministério Público continuava a ser cargo de livre nomeação do Chefe do Executivo.

A CF/1967, promulgada sob o golpe militar de 1964, inseria o Ministério Público no Capítulo do Poder Judiciário (art. 137/139), contudo, manteve, em geral, as garantias do Ministério Público conferidas pelas Constituições de 1934 e 1946. Previa o art. 137: *A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais*. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

A Carta Constitucional de 1969 inseria o Ministério Público no Capítulo do Executivo, mantendo, em linhas gerais, as garantias e atribuições anteriores, aumentando, porém, as atribuições do Procurador-Geral da República. O Chefe do Ministério Público continuava sendo escolhido livremente pelo Chefe do Executivo.

A previsão de criação de Lei Complementar para o estabelecimento de normas gerais a serem seguidas pelo Ministério Público Estadual representou um avanço decorrente da Emenda Constitucional 7 de 1977⁴.

Foi, entretanto, somente com a CF/88 que o Ministério Público se consagrou como uma Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Ele foi inserido na Magna Carta de 1988, no Título IV – *Da Organização dos Poderes* –, porém, em capítulo separado dos demais Poderes do Estado, intitulado *Das Funções Essenciais à Justiça*, dentro da qual lhe é deferida uma seção própria (art. 127 *usque* art. 130 da CF).

O perfil constitucional do Ministério Público está estabelecido no art. 127, *caput*, da Constituição, que o define como *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*. O art. 129 da CF/88 confirma, pelo rol da atribuições conferidas à Instituição, o perfil social e democrático da Instituição ministerial.

3 Introdução ao Ministério Público, p. 38.

4 MAZZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público, p. 39.

Com a CF/88, o Ministério Público passou a ser Instituição permanente, instituída para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses fundamentais da sociedade. Assim, se o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Todas as diretrizes do Estado Democrático de Direito, tais como a priorização da tutela jurídica preventiva, a tutela jurídica ampla e irrestrita a direitos individuais e coletivos, a transformação da realidade social, entre outras, são os legítimos parâmetros que delineiam o Ministério Público no contexto constitucional atual ⁵.

Recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público, inserindo na CF/88 o art. 130-A, sendo que suas atribuições e compromissos constitucionais devem ter como parâmetros o Ministério Público e suas atribuições e garantias constitucionais como cláusulas pétreas.

3 ALGUNS ASPECTOS DAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A CF/88 valorizou o Ministério Público, suas atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II, com especial destaque para o Capítulo I. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar atrelada à leitura do art. 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do art. 127, por sua vez, está atrelada à leitura do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

A vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas pelo Ministério Público, prevista no art. 129, IX, da CF, são limitações às atribuições da Instituição que, indireta e reflexamente, fortalecem a dimensão do Ministério Público como legítimo defensor da sociedade e da ordem jurídica democrática.

É de se consignar que a norma de encerramento prevista no art. 129, IX, da CF/88, que permite que sejam conferidas ao Ministério Público novas atribuições compatíveis com sua finalidade, é norma constitucional que mantém perfeita sintonia com o art. 127, *caput*, e, especialmente, com a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais, prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88.

Da mesma forma, a CF/88 conferiu ao Ministério Público inúmeras garantias, com especial destaque para os arts. 127 e 128. Logo no § 1º do art. 127, a Constituição consagra a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional do Ministério Público como princípios institucionais. O § 2º do mesmo artigo assegura ao Ministério Público a sua autonomia funcional e administrativa. Adiante, no art. 128, § 5º, estão previstas as principais garantias do Ministério Público, sendo elas: vitaliciedade após dois anos de exercício; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público; irredutibilidade de subsídios.

As vedações, que em verdade são garantias indiretas e reflexas da própria Instituição, estão no § 5º do art. 128 da CF/88, a saber: não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista no ADCT; não participar de sociedade comercial, salvo na forma da

5 ALMEIDA, Gregório Assagara de. *Direito processual coletivo brasileiro — um novo ramo do direito processual*, p. 506/508.

lei; não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; não exercer atividade político-partidária; não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

O estudo, a interpretação/contretização das atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público dependem, fundamentalmente, da análise das respectivas normas constitucionais no plano das cláusulas pétreas ou superconstitucionais.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA PÉTREA E AS SUAS ATRIBUIÇÕES E GARANTIAS COMO CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS

4.1 O papel constitucional das cláusulas pétreas

As cláusulas pétreas exercem papel de suma importância em uma Constituição democrática e cidadã como é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nelas estão assentadas todas as garantias máximas da sociedade, as quais são protegidas contra o poder reformador.

A Constituição Federal de 1988 arrola as cláusulas pétreas ou superconstitucionais no § 4º do art. 60, onde consta: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda a tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal, e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.

A respeito do assunto, escreveu Oscar Vilhena Vieira:

“No Brasil um amplo grupo de cláusulas superconstitucionais foi estabelecido como cerne inalterável do texto de 1988. O enrijecimento desses dispositivos por força do art. 60, § 4º e incisos, da Constituição constitui uma resposta às diversas experiências autoritárias de nossa história, nas quais os princípios e direitos, agora entrincheirados como cláusulas superconstitucionais, foram sistemática e institucionalmente violados. A adoção dessas cláusulas limitadoras do poder de reforma também parece corresponder a uma alteração do próprio modelo constitucional adotado em 1988. A Constituição de 1988 é uma das representantes mais típicas do constitucionalismo de caráter social ou ‘dirigista’ ...”⁶

A interpretação das cláusulas pétreas não pode ser conduzida por métodos interpretativos fechados, de forma que a interpretação gramatical é rechaçada. A interpretação constitucional adequada é aquela que possa retirar do rol das cláusulas pétreas a sua melhor e mais legítima eficácia social. Com isso, a interpretação dessas cláusulas superconstitucionais é aberta, flexível no sentido ampliativo. Por exemplo, na leitura do inciso IV do § 4º do art. 60 devem estar incluídos os direitos coletivos, tendo em vista que esses direitos estão, ao lado dos direitos individuais, inseridos no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88).

Escreve Uadi Lammêgo Bulos sobre as cláusulas pétreas:

6 *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, p. 26.

“... são aquelas que possuem um supereficácia, ou seja, uma eficácia total, como é o caso dos incisos I a IV, infra. Daí não poderem usurpar os limites expressos e implícitos do poder constituinte secundário. Logram eficácia total, pois contêm uma força paralisante de toda a legislação que vier a contrariá-las, de modo direto ou indireto...”⁷

4.2 Pós-positivismo jurídico, neoconstitucionalismo e a interpretação/concretização da Constituição e das suas cláusulas superconstitucionais

Com a mudança de paradigma no plano do Direito para um estudo fundado mais no plano constitucional e de base principiológica, valorativa e transformadora, o *positivismo jurídico* tem sido superado, aos poucos, por aquilo que genericamente é denominado por parte da doutrina de *pós-positivismo*⁸

A expressão *pós-positivismo* é equívoca e poderá guardar vários significados, tendo em vista a sua ampla abertura conceitual. Contudo, a doutrina que tem enfrentado o tema faz a análise do assunto a partir da guinada do direito constitucional e da inserção dos seus princípios como diretrizes fundamentais da ordem jurídica democrática. O *pós-positivismo* abrangeria todas as concepções de pensamento que procuram valorizar os princípios como mandamentos de otimização de uma ordem jurídica democrática, pluralista e aberta de valores. As concepções mais atuais em torno do *neoconstitucionalismo* estão inseridas dentro do gênero *pós-positivismo*.⁹

Antonio Carlos Diniz e Antônio Cavalcanti esclarecem que o *pós-positivismo jurídico* constitui, em linhas gerais, um novo paradigma no plano da teoria jurídica, que objetiva contestar as *insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional*. Afirmam que próprio termo ‘*pós-positivismo*’, que também é *conhecido como não-positivismo ou não-positivismo principiológico*, é detentor de um *status* provisório e genérico, na sua categoria terminológica, e a sua utilização não é pacífica, inclusive entre os autores que partilham de suas teses axiais. Esclarecem, ainda, que as suas bases filosóficas são ecléticas e compõem uma constelação de autores, os quais mantêm ponto de contato com concepções de um Gustav Radbruch tardio e passam pelas influências da teoria da justiça de John Rawls, além de incorporarem elementos da filosofia hermenêutica e as bases da teoria do discurso de Habermas. No quadro da concepção pós-positivista, afirmam que seriam destacáveis cinco aspectos: 1º) o *deslocamento*

7 Constituição Federal anotada, p. 775.

8 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, p. 35-40.

9 A respeito, formulando crítica ao positivismo e demonstrando sua incompatibilidade com o neoconstitucionalismo, escreveu STRECK, Lenio Luiz: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque esta separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico (...)”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 155.

da agenda, com ênfase à importância dos princípios gerais do Direito e à dimensão argumentativa na compreensão da funcionalidade do direito no âmbito das sociedades democráticas atuais, bem como o aprofundamento no papel que deve ser desempenhado pela hermenêutica jurídica; 2º) a importância dos casos difíceis; 3º) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; 4º) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; 5º) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis.¹⁰

Diz a doutrina, ao estudar o tema, que o *pós-positivismo* não visa a desconstrução da ordem jurídica, mas a superação do conhecimento convencional com base nas idéias de justiça e de legitimidade, inserindo, para tanto, os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como a síntese dos valores consagrados na ordem jurídica.¹¹ A nova concepção tem influenciado decisivamente a constituição de uma hermenêutica constitucional inovadora.

A própria concepção de sistema jurídico sofre transformações: de sistema jurídico fechado e auto-suficiente para sistema jurídico aberto, móvel e composto de valores.¹² A interpretação constitucional passa a ser pluralista, dentro daquilo que Peter Häberle denomina de *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*.¹³

O *pós-positivismo* coloca o *constitucionalismo* em substituição ao *positivismo legalista*, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica; ponderação no lugar de mera subsunção; e fortalecimento do Judiciário e dos Tribunais Constitucionais quanto à interpretação e aplicação da Constituição, em substituição à autonomia inquebrantável do legislador ordinário.¹⁴

A metodologia do *pós-positivismo* inseriu a *hermenêutica* como o capítulo mais relevante para o *novo direito constitucional*, iniciando-se a superação da metodologia clássica, que pregava a *interpretação-subsunção*, por uma nova interpretação constitucional criativa: a *interpretação-concretização*.¹⁵ Paulo Bonavides arrola as principais conquistas resultantes da *nova hermenêutica do constitucionalismo* da segunda metade do século XX: a) elaboração científica de um novo Direito Constitucional; b) criação de uma teoria material da Constituição diversa da sustentada pelo jusnaturalismo ou pelo positivismo formalista; c) superação da visão meramente jusprivatista e juscivilista para uma concepção em torno do “direito público”; d) uma nova interpretação mais ampla da Constituição e uma interpretação mais restrita dos direitos fundamentais, ambas autônomas e em recíproca sintonia; e) inserção do princípio da proporcionalidade no direito constitucional, com a ampliação da incidência do direito constitucional para todas as áreas do direito; f) conversão dos princípios gerais do direito em princípios constitucionais com

10 *Pós-positivismo*, in BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.), *Dicionário de filosofia do direito*, p. 650-4.

11 Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto: “(...) o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade”. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 28.

12 BARROSO, Luís Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, p. 34-5.

13 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 12-3.

14 Sobre o assunto, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 159-61.

15 Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., p. 592.

eficácia normativa; g) elaboração de uma concepção de *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, antes concebidos somente no plano da *subjetividade*; h) expansão normativa do direito constitucional para todas as áreas do Direito; i) consagração, afirma Bonavides, da tese mais importante, a: ... de que a Constituição é direito, e não idéia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e de outros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico.¹⁶

O *neoconstitucionalismo* é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

Conforme esclarecido por Robert Alexy, o *legalismo*, em oposição ao constitucionalismo democrático, impõe: 1) a norma em vez do valor; 2) a subsunção em vez da ponderação; 3) a independência do direito ordinário em vez da onipresença da Constituição; 4) a autonomia do legislador ordinário, dentro do marco da Constituição, no lugar da onipresença judicial fundada na Constituição, colocando o legislador sobre o Tribunal Constitucional Federal¹⁷.

O *neoconstitucionalismo* objetiva superar justamente essas barreiras interpretativas impostas pelo *positivismo legalista*. Lenio Luiz Streck entende que a superação de tais obstáculos poderá ser viabilizada em três frentes: a) por intermédio da teoria das fontes, haja vista que a lei já não é mais a única fonte – a Constituição passa a ser fonte auto-aplicativa; b) por uma substancial alteração na teoria da norma, imposta pela nova concepção dos princípios, cuja problemática também tem relação com a própria fonte dos direitos; c) por uma radical mudança no plano hermenêutico-interpretativo, para passar do paradigma da *interpretação para compreensão* para a *compreensão para a interpretação*¹⁸.

Esclarece Eduardo Cambi que o *neoconstitucionalismo* pode ser estudado em três aspectos. Primeiro, pelo *aspecto histórico*, com a análise das transformações do direito constitucional depois da 2ª Grande Guerra Mundial, especialmente por força da Lei Fundamental de Bonn (1949) e das Constituições da Itália (1947), de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Também merece ser citada a Constituição Federal do Brasil de 1988. Segundo, pelo *aspecto*

16 Curso de direito constitucional. 18. ed., p. 583-4.

17 Acrescentou ALEXY, Robert: “A la polémica entre constitucionalistas y legalistas subyacen profundas diferencias sobre la estructura del sistema jurídico. Por ello, una respuesta bien fundamentada a la cuestión acerca de quién tiene razón puede ser respondida sólo sobre la base de una teoría del sistema jurídico (...)”. *El concepto y la validez del derecho*, p. 160-1. A polémica entre constitucionalistas e legalistas subjazem profundas diferenças sobre a estrutura do sistema jurídico. Por isso, uma resposta bem fundamentada a essa questão acerca de quem tem razão pode ser respondida somente com fundamento em uma teoria do sistema jurídico (tradução livre pelo autor).

18 Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) Da incidibilidade entre vigência e validade e entre texto e norma, características do positivismo, um novo paradigma hermenêutico-interpretativo aparece sob os auspícios daquilo que se convencionou chamar de giro lingüístico-hermenêutico. Esse ‘linguistic turn’, denominado também de giro ‘lingüístico-ontológico’, proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo. Não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se, assim, as perspectivas epistemológicas que coloca (va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação”. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 159.

filosófico, o que deve ser realizado pelo estudo das vertentes teóricas que compõem o *pós-positivismo jurídico*. Terceiro, pelo *aspecto teórico*, o qual engloba o estudo da *força normativa da Constituição*, da *expansão da jurisdição constitucional* e do *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*.¹⁹

O *neoconstitucionalismo* propõe, assim, a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade, nos termos do modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 3º, 5º, 6º etc.). Esta superação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, de forma a proporcionar o surgimento e a implementação de ordenamentos jurídicos constitucionalizados.²⁰

Propõe também a concepção da Constituição como sistema aberto de valores, dinâmico em suas estruturas e transformador da realidade social.

O plano da efetivação concreta dos direitos constitucionais, individuais e coletivos, é o ponto central para o *neoconstitucionalismo*. A implementação material desses direitos, especialmente no plano coletivo, que é potencializado, transformará a realidade social, diminuindo as desigualdades quanto ao acesso aos bens e valores inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana. Para isso, é imprescindível a construção de novos modelos explicativos, superando as amarras construídas em um passado de repressão e de liberdade limitada, por valores não mais subsistentes no cenário da sociedade atual.

A própria interpretação do texto constitucional no plano do *neoconstitucionalismo* deve ser compreendida a partir da sua aplicação (efetivação). Como disse Lenio Luiz Streck, a Constituição será o resultado de sua interpretação, que tem o seu conhecimento no plano do ato aplicativo como produto da intersubjetividade dos juristas que emerge da complexidade das relações sociais.²¹

No *neoconstitucionalismo*, a interpretação da Constituição é também *aberta e pluralista* e a idéia que gira em torno da construção de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*,

19 *Neoconstitucionalismo neoprocessualismo*, in FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coordenadores), *processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, p. 664-72.

20 Nesse sentido, Escreve STRECK, Lenio Luiz: “(...) Em síntese, o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedoura’ (persuasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*, in ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 160. Com abordagem sobre o neoconstitucionalismo, com inclusive inúmeros artigos e texto de capa nesse sentido, cf. *(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as constituições*, in Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004; também CARBONEL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo (s)*.

21 Diz ainda STRECK, Lenio Luiz: “Ora, a construção das condições para a concretização da Constituição implica o entendimento da ‘Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos, transformando-os em normas, isto porque a norma é sempre produto da atribuição de sentido do intérprete, o que ocorre sempre a partir de um ato aplicativo, que envolve toda a historicidade e a faticidade, enfim, a situação hermenêutica em que se encontra o jurista/intérprete. Por isto, Gadamer vai dizer que o entender contém sempre um fator de ‘applicatio’. Entender sem aplicação não é um entender”. *Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*, in ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (coords.), *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*, p. 541.

conforme tese proposta por Peter Häberle,²² corresponde às novas posturas constitucionalistas, mantendo-se perfeita sintonia com a principiologia do *Estado Democrático de Direito* implantada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º etc.).

As cláusulas superconstitucionais no *neoconstitucionalismo* devem ser protegidas contra o poder reformador e, ao mesmo tempo, elas assumem uma função ativa, no sentido de que devem ser efetivadas e concretizadas materialmente. Constituem, assim, ao mesmo tempo, função de proteção e função de efetivação/concretização da Constituição e dentro desse contexto que devem ser interpretadas.

Nesse sentido, concluiu Oscar Vilhena Vieira:

“O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito com pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito e, ao mesmo tempo, é por ele domesticado. A finalidade de uma teoria das cláusulas superconstitucionais é que o processo de emancipação humana, que o constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo ...”²³

4.3 O Ministério Público como cláusula pétrea

O art. 127, *caput*, da CF/88, diz expressamente que o Ministério Público é *Instituição permanente*. Com base na interpretação lógica e na sua correta e perfeita relação com a interpretação teleológica, verifica-se que a Constituição, ao estabelecer que o Ministério Público é instituição permanente, está demonstrando que a Instituição é cláusula pétrea que recebe proteção total contra o poder reformador, ao mesmo tempo em que impõe a sua concretização social como função constitucional fundamental. Nesse sentido, aduziu Cláudio Fonteles: “Se o Ministério Público é instituição *permanente*, enquanto existir a concepção constitucional do Estado brasileiro, como posta na chamada *Carta-cidadã* – a Constituição Federal de 1988 – ele *jamaiz* poderá ser extinto”.²⁴

Não bastasse isso, observa-se que o Ministério Público tem o dever de defender o regime democrático, conforme está expresso no próprio art. 127, *caput*, da CF. O regime democrático, na sua condição de regime do Estado da cidadania brasileira, é cláusula pétrea, com previsão, inclusive, no art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88. Ora, se a Instituição ministerial é defensora do regime democrático, torna-se inquestionável a sua inserção no plano das cláusulas pétreas.

22 Escreveu HÄBERLE, Peter: “*Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tornam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ (zünftmäßige Interpreten) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (... weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und Von ihr Konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade*”. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p. 13.

23 *A Constituição e sua reserva de justiça*, p. 227.

24 O artigo 127 da Constituição Federal: reflexões. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al. *Ministério Público e a ordem social justa*, p. 1.

4.4 As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, a impossibilidade de sua eliminação ou restrição e a possibilidade de sua ampliação

As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público conferem a própria dimensão constitucional do Ministério Público, além de revelarem o seu verdadeiro e legítimo papel social. A supressão dessas atribuições representam a supressão do próprio Ministério Público em sua dimensão substancial.

O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição.

Tais diretrizes interpretativas vinculam o legislador constitucional, o infraconstitucional, o administrador, o particular e todos os operadores do direito, bem como as instituições de fiscalização do Ministério Público. Não fosse isso, ainda impõem, pela intensa carga de concretização normativa que carregam, a efetivação concreta da Constituição e das suas Instituições democráticas, dentro das quais se insere o Ministério Público.

5 CONCLUSÕES

1. Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público brasileiro se tornou uma Instituição fundamental do Estado Democrático de Direito.

2. O Ministério Público é cláusula pétrea, pois, além de a Constituição estabelecer, expressamente, que ele é instituição permanente, ela o insere como legítimo defensor do regime democrático, cláusula pétrea por excelência, como desmembramento do Estado Democrático de Direito.

3. Em sendo o Ministério Público, na sua condição de Instituição constitucional, cláusula pétrea, as suas atribuições e garantias constitucionais, que conferem a sua dimensão constitucional e o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais, as quais não podem ser eliminadas nem restringidas.

4. Nada impede a ampliação das atribuições e das garantias constitucionais do Ministério Público, o que representa a ampliação do próprio sentido material do regime democrático, em relação ao qual o papel constitucional do Ministério Público é fundamental.

5. Essas diretrizes decorrentes das cláusulas superconstitucionais, conforme orientação do *neoconstitucionalismo*, vinculam o legislador constitucional e o infraconstitucional, o administrador público, os particulares, bem como todos os operadores do direito e as instituições de fiscalização do Ministério Público, incidindo no plano não só da proteção da Constituição, mas também da sua efetivação/concretização.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2006.
- CARBONEL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- FUX, Luiz, NERY JUNIOR, Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, reimpressão 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão, ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coords.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.