

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL (CEAF)**

Marcelo Valadares Lopes Rocha Maciel

**O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

BELO HORIZONTE

2021

Marcelo Valadares Lopes Rocha Maciel

**O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia de especialização apresentada ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Divisão de Poderes, Ministério Público e Judicialização.

Orientador: Prof.º Manoel Leonardo Wanderley Duarte Santos

Belo Horizonte

2021

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade principal verificar, nos limites do ordenamento jurídico brasileiro, se ao Ministério Público, especificamente para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, foi atribuído um papel contramajoritário. Introdutoriamente, são apresentados os contornos do princípio democrático e sua relação com o princípio majoritário, os quais, embora intimamente relacionados, não se identificam. Ainda, discorre-se sobre o contramajoritarismo e as instituições contramajoritárias, abordando a posição destas, suas características básicas, funções e importância em um regime democrático. Fixados esses conceitos, passa-se à cuidadosa pesquisa dos Anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988, documentos dos quais não se conseguiu extrair nenhum indicativo literal de que aquele caráter contramajoritário foi conferido ao Ministério Público. Todavia, a análise dos trabalhos do Constituinte, somada ao estudo da evolução histórica do tratamento constitucional dispensado ao Ministério Público, permite concluir que o *Parquet*, ao menos no tocante ao controle de constitucionalidade, foi desenhado como uma instituição daquela espécie e, por consequência, espera-se dele um atuar contramajoritário.

Palavras-chave: Ministério Público. Controle de constitucionalidade. Democracia. Contramajoritarismo.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to verify, within the limits of the Brazilian legal system, whether to the Public Ministry, specifically for the exercise of the concentrated constitutional control before the Supreme Court, has been assigned a counter-majoritarian role. Introductively, the outlines of the democratic principle and its relation with the majoritarian principle are presented, which, although closely related, are not the same. Furthermore, the counter-majoritarianism and counter-majoritarian institutions are discussed, approaching their position, their basic characteristics, functions, and importance in a democratic regime. Having established these concepts, we then proceed to a careful search of the Annals of the 1987-1988 Constituent Assembly, documents from which we were unable to extract any literal indication that the counter-majoritarian character was given to the Public Ministry. However, the analysis of the Constituent Assembly's works, added to the study of the historical evolution of the constitutional treatment given to the Public Ministry, allows us to conclude that the *Parquet* has received typical characteristics of an institution of that kind and, consequently, it is expected from it to act in a counter-majoritarian way in the constitutional control.

Keywords: Public Ministry. Constitutional control. Democracy. Counter-majoritarianism.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	DEMOCRACIA E MAIORIA	8
3	BASES DO CONTRAMAJORITARISMO	10
3.1	A corte constitucional como instituição contramajoritária	12
3.1.1	Características contramajoritárias de uma corte constitucional	15
3.1.2	O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional contramajoritária	16
4	O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	19
4.1	A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988	19
4.1.1	Forma de escolha e destituição	24
4.1.2	A função do Procurador-Geral da República	29
4.1.3	Ampliação do rol dos legitimados	32
5	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

Como se verá mais detalhadamente adiante, prevalece a noção de que o princípio democrático não se confunde com o princípio majoritário, ou seja, o regime democrático não é o mero governo das maiorias, mas um regime em que também os direitos fundamentais das minorias são garantidos.

Assim, nas democracias, devem existir instituições cuja função é justamente impedir que grupos políticos, ainda que amplamente majoritários, neguem aos derrotados no processo eleitoral um mínimo existencial. É que existem direitos fundamentais inexoravelmente ligados a uma vida digna e que não podem ser simplesmente atropelados por uma decisão política majoritária. A isso se denomina função ou papel contramajoritário. Esta função, normalmente, é entregue às cortes constitucionais, integrantes do Poder Judiciário, sendo o caráter contramajoritário delas tema já bastante estudado na ciência política.

Os contornos dos princípios democrático e majoritário, o contramajoritarismo e as instituições contramajoritárias, inclusive o Supremo Tribunal Federal, são, justamente, o objeto de estudo dos capítulos segundo e terceiro dessa monografia.

O presente trabalho, entretanto, aspira ir mais longe. O objetivo principal é responder se, na realidade jurídica brasileira, aquele papel contramajoritário foi igualmente conferido ao Ministério Público, quando este deflagra ou intervém no controle de constitucionalidade em abstrato perante o Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, aqui se investiga a natureza do papel ministerial no controle de constitucionalidade, sob o prisma do princípio democrático *versus* princípio majoritário.

Sabidamente, a atividade jurisdicional é marcada pela inércia, característica básica que garante a imparcialidade do Poder Judiciário. Assim sendo, numa visão tradicional, uma corte não pode declarar a (in)constitucionalidade de um ato normativo se não houver pedido nesse sentido, de modo que releva estudar também o papel do agente, do provocador do tribunal. Isso, por si só, já justificaria investigar se o *Parquet* – um dos legitimados a propor as diversas ações de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro – deve agir contramajoritariamente. Soma-se a isso a circunstância de o Procurador-Geral da República exercer um protagonismo nessa área. Como nos mostra Arantes e Moreira (2019, p.110), “o PGR é líder

destacado no *ranking* dos agentes legitimados a propor ações diretas, sendo responsável por cerca de 1/5 das mais de 5 mil apresentadas desde 1988, enquanto o restante se dispersa por mais de 700 proponentes”. Ademais, por expresse comando constitucional, ele deve intervir em todas aquelas ações perante o Supremo Tribunal Federal, ainda que não as tenha proposto, o que confirma a relevância ministerial no controle de constitucionalidade e, por conseguinte, a importância de estudar a natureza do seu atuar.

Já no quarto capítulo, são analisados o Direito constitucional positivo brasileiro e a evolução histórica do Ministério Público. Contudo, o trabalho é enriquecido por uma pesquisa nos Anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988. Visita-se os bastidores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Senado Federal e a Câmara dos Deputados, cada qual em seu formato, disponibilizam o acesso aos Anais da Assembleia Constituinte. Tais documentos são de inestimável valor histórico e jurídico e reúnem o anteprojeto, centenas de emendas e respectivas justificativas, exposições de convidados, debates dos Constituintes, votações etc. Também há completos registros dos trabalhos revisionais, convocados pelo Constituinte originário para ocorrer após cinco anos da promulgação da Carta Cidadã.

Em buscas de pistas sobre a natureza do papel atribuído ao Ministério Público, fez-se cuidadosa busca nesses documentos, quase todos .pdf pesquisáveis, com foco nas atas da Comissão da Organização e Sistema de Governo, Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. É que, como o próprio nome indica, este foi o principal palco da discussão acerca do Ministério Público, Poder Judiciário e controle de constitucionalidade, os tópicos que mais interessam a esse trabalho. Não se descurou, todavia, dos registros da Comissão de Sistematização e das Atas de Plenário.

Adianta-se que, nesses documentos, não se encontrou indicativos literais de que ao Ministério Público foi atribuída uma função contramajoritária para o controle de constitucionalidade. Todavia, uma análise atenta e interpretativa nos conduz a uma conclusão diametralmente oposta.

Por ora, limita-se a dizer que, a partir de 1988, o Ministério Público foi alçado à função de defensor do regime democrático (art. 127, *caput*, da CR/88), o que já sugere a expectativa do Constituinte para com o *Parquet*. Para além disso, aos membros do

Ministério Público, inclusive ao Procurador-Geral da República - quem fala pelo Ministério Público perante a Suprema Corte no controle de constitucionalidade em abstrato - foram atribuídos predicados normalmente reservados à magistratura judicante, todos a garantir uma ampla liberdade no exercício de seus misteres. Também houve profundas mudanças na forma de escolha e destituição do Procurador-Geral da República, nas funções por ele exercidas e no rol de legitimados a propor as ações de controle de constitucionalidade. Tudo isso impactou na postura que o Constituinte espera do *Parquet*.

Antes de se passar ao objeto principal, no entanto, e para a melhor compreensão do tema, imprescindível tecer breves considerações acerca dos princípios democrático e majoritário e o que, afinal de contas, é o contramajoritarismo. É o que se faz nas próximas duas seções.

2 DEMOCRACIA E MAIORIA

Provavelmente não há conceito de democracia mais célebre do que o proferido por Abraham Lincoln, em seu eterno Discurso de Gettysburg, no auge da Guerra Civil Americana: “o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nele se inspirou, ao afirmar, logo em suas palavras iniciais, que se institui um Estado Democrático, em que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Soma-se a essa concepção de democracia, consagradora da soberania popular, tantas outras.

Para Bonavides (2016), igualmente destacando a importância do povo, democracia é a forma de exercício em que o povo é o titular e o objeto do poder legítimo, ou seja, o próprio povo decide as questões de governo.

Por sua vez, segundo Müller (2003, p.57), o ponto fulcral da democracia é a “determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo”. Noutras palavras, vive-se numa democracia quando o grupo submetido a uma norma seja também seu criador.

Já Dahl (2005, p.25) esclarece que “a característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”. Como não é o objeto principal desse trabalho, não se conceituará precisamente a responsividade – nem a *accountability* que a acompanha (SANTOS, 2010) -, limitando-se a dizer que ela abrange três aspectos, quais sejam: a possibilidade de o cidadão formular suas preferências; a possibilidade de ele encaminhá-las ao governo; a garantia de que suas preferências sejam consideradas na tomada de decisões.

Bobbio (1986, p.12) também dá a sua contribuição. Para o filósofo político italiano, que adota uma definição mínima de democracia, ela é um “conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.

Percebe-se, pois, que este autor associa a ideia de democracia a um processo de formação de decisões que afetarão uma coletividade, em sede do qual a esta mesma coletividade, o povo, deve ser franqueada máxima participação.

Embora ele próprio reconheça que esta é uma definição um tanto quanto procedimental – afinal o conteúdo das decisões coletivas não faz parte do conceito -, esclarece Bobbio (1986, p.12) que “não existe outra definição igualmente clara e esta é a única capaz de nos oferecer um critério infalível para introduzir uma primeira grande distinção (independentemente de qualquer juízo de valor) entre dois tipos ideais opostos de formas de governo”.

Examinando os conceitos apresentados - e tantos outros que a eles poderiam se juntar -, verifica-se que, para além da soberania popular de Lincoln e Bonavides, da autodeterminação de Müller, da responsividade de Dahl e das decisões coletivas de Bobbio, a noção de democracia sempre tangencia uma outra, nem sempre explícita: a de maioria.

Cada vez mais, contudo, mesmo sem abandonar aquela forte ligação com a maioria, a ideia de democracia é fortemente associada à de direitos fundamentais, inclusive das minorias, que não tomaram as decisões vinculatórias, entretanto são por elas afetadas.

Ocorre que a maioria seria - na falta de uma mais adequada – apenas uma técnica para se escolher representantes do povo que, em que pese eleitos, não podem tudo. Devem respeitar e garantir o mínimo existencial àqueles que derrotaram; só assim haveria um regime verdadeiramente democrático.

É justamente esta ideia que está por trás da conceituação apresentada por Ferreira (1989, p.37), segundo o qual a democracia consiste no “governo constitucional das maiorias, que, sobre a base da liberdade e igualdade, concede às minorias o direito de representação, fiscalização e crítica parlamentar”.

Sartori (1994) também destaca o respeito às minorias como o núcleo da democracia. Para o cientista político italiano, a democracia liberal é um sistema político baseado na soberania popular, mas apenas no sentido de que a titularidade do poder pertence ao povo. Ele não o exerce diretamente, mas por meio de representantes e, além disso, numa democracia, a maioria, apurada em um processo eleitoral, governa em respeito aos direitos das minorias.

A seu turno, Barroso (2015, p.25) explica que a decisão majoritária é um componente central da democracia. Adverte, contudo, que o regime democrático ultrapassa a vontade da maioria: “a democracia é muito mais do que a mera expressão

numérica de maior quantidade de votos”. (...) “Ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais”.

Conclui-se, pois, que o princípio democrático não se confunde com o princípio majoritário, embora estejam umbilicalmente ligados. Isso nos leva à inevitável conclusão de que a democracia tem um componente contramajoritário.

Para Streck (2009, p.18):

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.

Portanto, há no regime democrático algo – a seguir estudado – que impede que as maiorias tudo façam. Essa compreensão de regime democrático pretende resolver o que se chama de paradoxo da democracia, afinal, se a maioria realmente tudo pudesse, poderia simplesmente resolver governar tiranamente, extinguindo o próprio regime democrático.

Mas como efetivamente impedir que a maioria vencedora não imponha toda e qualquer medida de seu interesse, aniquilando as minorias? O que freia as maiorias? O que é o contramajoritarismo? E a qual instituição, normalmente, a respectiva função é atribuída? Essas são as questões a seguir enfrentadas.

3 BASES DO CONTRAMAJORITARISMO

Como visto, a democracia não se identifica inteiramente com o majoritarismo, ou seja, com a ideia segundo a qual a maioria impera. É nesse contexto que se fala de contramajoritarismo, significando que, mesmo nos regimes democráticos, existe um elemento contramajoritário, uma vez que os direitos fundamentais das minorias não de ser preservados, ainda que às custas da vontade da maioria.

Porém, como efetivamente impedir que os representantes escolhidos pelo povo não façam tudo o que desejam (ou que desejam seus eleitores), editando regras que subjuguem os vencidos? Como o contramajoritarismo consegue operar em um ambiente democrático, em que as instituições são compostas, regra geral, pela vontade da maioria?

Tem prevalecido que a supremacia da Constituição – decorrente de uma Constituição rígida, entendida como aquela cuja alteração é mais dificultosa - tem importância ímpar. Soma-se a isso a existência de um núcleo constitucional imutável.

Nessa toada, Häberle (2003) ensina que a proteção das minorias está sempre em tensão com as maiorias, mas aquela se mostra possível graças à supremacia da Constituição.

Uma Constituição rígida, naturalmente garantidora de direitos fundamentais, armada com cláusulas pétreas, dá amparo ao contramajoritarismo e, por consequência, contribuirá para garantir a existência dos vencidos, uma vez que a maioria reinante ficará impedida de editar uma simples lei e, com isso, alterar a Constituição e suas regras democráticas. Precisarás encarar um processo legislativo mais árduo. Outra parte da Lei Maior, intimamente ligada aos direitos fundamentais, nem mesmo poderá ser alterada.

Não basta, contudo, a supremacia formal de uma Constituição, ainda que reforçada por cláusulas pétreas, afinal de contas a maioria poderia simplesmente editar um ato em desrespeito a Lei Maior. É fundamental que exista um processo de verificação de compatibilidade entre os atos normativos editados e a própria Constituição, o que se convencionou chamar de controle de constitucionalidade.

Para além disso, importa notar que este controle não pode estar a cargo de instituições majoritárias, entendidas como aquelas que funcionam como palcos dos interesses da maioria. Isso se dá porque, como será visto detalhadamente mais adiante, aquela verificação implica justamente analisar, à luz dos direitos fundamentais das minorias, se os atos, em que pese majoritários, são compatíveis com a Constituição. É exatamente isso que se denomina de função ou papel contramajoritário.

Por fim, mister esclarecer outro ponto fundamental.

O agir contramajoritário não é, obrigatoriamente, decidir contra os interesses da maioria, o que seria simplista por demais e resumiria todo o trabalho da instituição contramajoritária a verificar se o ato impugnado é expressão majoritária e, em sendo, declará-lo nulo. Na verdade, esse termo expressa simplesmente a livre possibilidade de se decidir contra os interesses da maioria, exclusivamente quando se está em jogo direitos fundamentais das minorias.

Afora isso, convém deixar claro que o agir contramajoritário gera um estresse democrático, afinal anula-se decisões tomadas por autoridades que exercem uma legítima função representativa. A isso Bickel (1986) chama de dificuldade contramajoritária, propondo, como paliativo, que o controle contramajoritário seja uma virtude passiva, ou seja, utilizado moderadamente.

Nessa mesma toada, Costa Júnior (2018, p.53) ressalta que é perigoso enxergar o contramajoritarismo, e aquela dificuldade dele advinda, como uma espécie de “(...)virtude contramajoritária, como se o fato de ser supostamente contramajoritário por si só justificasse qualquer ato (...)” de controle. Contenção dessa natureza encontraria legitimidade apenas se excepcional e para salvaguardar direitos fundamentais de minorias.

Abordou-se nesse tópico que a supremacia de uma Constituição rígida, enriquecida com cláusulas pétreas, e a previsão de um controle de constitucionalidade, a cargo de uma instituição não majoritária, são os alicerces do contramajoritarismo. Ainda, que ser contramajoritário não é, necessariamente, contrariar a maioria, mas sim decidir independentemente dela. Mas a qual instituição, normalmente, é atribuída essa função contramajoritária? E quais suas características básicas?

3.1 A corte constitucional como instituição contramajoritária

Nas democracias modernas, a função contramajoritária cabe a uma corte constitucional, integrante do Poder Judiciário, que exerce o chamado *judicial review*, ideia que ganhou enorme força após a histórica decisão em *Marbury vs Madison*. O tribunal, sem se preocupar com os interesses da maioria, decidirá se dado ato normativo, praticado pelo Poder Executivo ou Legislativo, majoritários por excelência, é compatível com a Constituição.

Arguelhes e Ribeiro (2018) explicam que a existência desses tribunais constitucionais encontra apoio em dois pilares, quais sejam, a proteção das minorias contra a tirania da maioria, numa legítima atuação contramajoritária, e a promoção da estabilidade das regras do jogo.

Sob aquele primeiro enfoque, a corte age para impedir que maiorias legislativas e governos eleitos sufoquem as minorias, desrespeitando seus direitos fundamentais.

Sob o segundo, o tribunal confere mais segurança ao sistema, porque torna mais dificultosas as mudanças das regras políticas, igualmente impedindo que maiorias efêmeras desequilibrem o funcionamento do sistema. Finalizam os autores (p.28):

Em ambos os casos, o tribunal promove esses objetivos de maneira semelhante a outros mecanismos institucionais como bicameralismo, vetos presidenciais, regras para obstrução do processo legislativo e voto de confiança: impedindo que uma “maioria legislativa pura” seja suficiente para alterar o status quo.

Barroso (2015) destaca aqueles mesmos dois pontos como os fundamentos da legitimidade democrática de uma corte constitucional contramajoritária. A proteção de direitos fundamentais, ainda que a eles se oponha a maioria, e a proteção das regras do jogo, são, a um só tempo, funções da corte e de onde ela retira sua legitimidade.

Trazendo à tona a ideia - já discutida em tópico anterior - de que a democracia não se encerra na maioria, e que, portanto, deve haver uma instituição para controlar os ímpetos majoritários, o Ministro do Supremo Tribunal Federal completa (p.36):

A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.

Convém esclarecer, nesse ponto, que a atribuição desse papel justamente a uma corte do Poder Judiciário não ocorreu por acaso. Dois são os motivos.

Em primeiro, porque este Poder não conta com, nos dizeres de Hamilton, Madison e Jay (1840), a espada nem a bolsa, de modo que dependeria daqueles outros para a execução de suas decisões. Seria, pois, o mais fraco e menos perigoso dos três.

O poder executivo he o dispensador das dignidades e o depositaria da força publica; o legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos; porém o judiciario não dispõe da bolsa nem da espada, e não póde tomar nenhuma resolução activa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete *juizo*; e este só deve a sua efficacia ao soccorro do poder executivo (tomo terceiro, p.155)

Essa particularidade permitiria que se entregasse ao Judiciário a delicada função de rever os atos dos outros Poderes, já que sua fraqueza funcionaria, naturalmente, como uma moderação a essa atribuição, contribuindo para equilibrar as forças entre eles. Trata-se de uma medida de freios e contrapesos. Espera-se que isso, somado àquela virtude passiva do tribunal mencionada por Bickel (1986), contornaria a dificuldade contramajoritária.

Lidos hoje os textos do O Federalista, é de se questionar se aqueles Founding Fathers não menosprezaram o potencial do Judiciário. Parecem não ter imaginado o que estaria por vir, o precedente Marbury vs Madison e a revolução que ele iniciou.

Seja como for, o Judiciário ser, em tese, o mais fraco e menos perigoso dos Poderes, não é o único motivo para ser o responsável pelo exercício do contramajoritarismo.

É uma corte do Judiciário que tradicionalmente exerce esse mister porque aquele controle – que, como visto, tem por fim a preservação dos direitos fundamentais das minorias derrotadas –, por razões evidentes, não poderia estar a cargo justamente de instituições majoritárias, arena das maiorias.

Conforme Eduardo Cambi (2018, p.205), os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, de modo que só um órgão imune a ela pode exercer esse controle e verificar incompatibilidades com a Constituição. O autor esclarece que:

A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais.

Ora, se o controle de constitucionalidade tem por propósito precisamente checar a validade dos atos majoritários, ele de nada serviria se fosse entregue a um Poder que reverbera a vontade da maioria, como o Executivo e o Legislativo.

Ainda na linha de que a defesa das minorias, por óbvio, não pode se dar via instituições majoritárias, Arguelhes e Ribeiro (2015, p.149):

Segundo uma justificativa típica do *judicial review*, certo tipo de questões – ligadas, por exemplo, à garantia de direitos individuais, ou às exigências de igual respeito e consideração entre diferentes indivíduos e grupos em uma

sociedade plural – só podem ser adequadamente resolvidas fora de instituições majoritárias e da lógica da vontade da maioria.

Nesse tópico, viu-se que o controle dos atos majoritários foi entregue ao Poder Judiciário por dois motivos, quais sejam, sua relativa subordinação (financeira e de exequibilidade de suas decisões) aos outros Poderes, o que lhe tornaria, em tese, mais fraco, e não poder aquela função ser atribuída ao Poder Executivo ou Legislativo, representantes da maioria.

Ainda não está explicado, contudo, o porquê de uma corte constitucional não se render à maioria. Quais as particularidades de seu desenho institucional a torna, em tese, indiferente à voz das ruas? Esse é o objeto do tópico seguinte.

3.1.1 Características contramajoritárias de uma corte constitucional

Para que a corte possa agir contramajoritariamente, ou seja, possa decidir sem levar em consideração, necessariamente, a vontade da maioria, a ela são tradicionalmente atribuídas garantias próprias. As cortes devem ser, na medida do possível, independentes dos demais Poderes e, por consequência, do povo. Já alertaram Madison, Hamilton e Jay (1840, tomo terceiro, p.157):

A independencia rigorosa dos tribunaes de justiça he particularmente essencial em huma constituição limitada; quero dizer, n'huma constituição que limita a alguns respeito a autoridade legislativa, prohibindo-lhe, por exemplo, fazer passar bills d'attainder (decretos de proscricção), leis retroactivas ou cousas semelhantes. Restricções desta ordem não podem ser mantidas na pratica senão por meio dos tribunaes de justiça, cujo dever he declarar nullos todos os actos manifesta.

A fim de operacionalizar essa independência, aqueles autores elencaram a vitaliciedade¹ no cargo como a principal garantia dos integrantes da corte. Os juízes devem servir enquanto fielmente desempenharem seus misteres “e não podem perder os seus empregos senão por sentença, que os declare indignos deles” (tomo terceiro, p.155).

nacla póde contribuir tanto para firmar a sua independencia como a inamovibilidade dos juizes, deve esta instituição ser considerada como hum

¹ Na obra traduzida que se consultou, para se designar a ideia de vitaliciedade ou estabilidade no cargo, é utilizado o termo inamovibilidade, o que, atualmente, no Direito Constitucional positivo brasileiro, tem sentido diverso.

elemento indispensável da organização do poder judiciário, e como a cidadella da justiça e segurança pública (tomo terceiro, p.157).

A essa garantia eles acrescentaram a irredutibilidade da remuneração: “depois da inamovibilidade, nada pôde contribuir tanto para a independencia dos juizes como a disposição que fixa os seus emolumentos” (tomo terceiro, p.165).

Em outras palavras, para que o Poder Judiciário possa exercer esse papel contramajoritário, o desenho institucional o tornou tão independente quanto possível. Afastou-o das vicissitudes da arena política. Seus integrantes são vitalícios ou, ao menos, não podem ser livremente destituídos por quaisquer dos outros dois Poderes. Também têm sua remuneração protegida. Ele foi concebido para estar naturalmente mais afastado das ingerências políticas.

Vê-se, pois, que os teóricos do Estado moderno aproveitaram o potencial contramajoritário do Poder Judiciário – mais fraco e menos compassivo com os interesses da maioria, em razão de seu desenho institucional –, deram-lhe garantias próprias e entregaram a ele a função de verificar a compatibilidade dos atos editados pelos Poderes Executivo e Legislativo com a Lei Maior.

Agora, dando o último passo em direção ao objeto central desse trabalho - o papel ministerial no controle de constitucionalidade -, convém fazer um breve exame da corte constitucional no Direito positivo brasileiro.

3.1.2 O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional contramajoritária

Aquele tradicional modelo de uma corte constitucional contramajoritária foi adotado pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988.

Embora não se trate de uma corte constitucional propriamente dita, já que reúne diversas outras competências, há o Supremo Tribunal Federal, a quem compete, *precipualemente, a guarda da Constituição* (art. 102, *caput*, da CR/88). No exercício desse ofício, o tribunal realiza, no âmbito nacional, o controle de constitucionalidade em abstrato (art. 102, *caput*, I, da CR/88), verificando a compatibilidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo com a Carta Magna, inclusive o respeito às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CR/88).

É uma corte cujos integrantes contam com ampla estabilidade, aquele predicado a que se referia os Founding Fathers.

A fim de afastá-los, tanto quanto possível, do campo da política, os integrantes do Supremo Tribunal Federal, seus Ministros, são indicados pelo Presidente da República, mas aprovados pelo Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CR/88). Ainda, gozam de vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por decisão judicial transitada em julgado ou pela prática de crimes de responsabilidade, hipótese na qual são julgados pelo Senado Federal (art. 52, II, da CR/88).

Ademais, seus rendimentos são irredutíveis; podem exercer apenas uma outra função, qual seja, a de magistério; e não podem se dedicar à atividade político-partidária (art. 95 da CR/88).

Todas essas garantias e vedações são funcionais, ou seja, destinam-se a possibilitar que suas decisões, várias delas altamente significativas para a nação, considerem os direitos fundamentais dos vencidos, as minorias, ainda que desagradem a maioria. Afinal, já se disse mais de uma vez, o princípio democrático não se confunde com o princípio majoritário.

Ao analisar o caráter contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, Barroso (2015, p.30) alerta que poucos Ministros reunidos podem, ao final das contas, invalidar um ato editado por agentes políticos eleitos com dezenas de milhões de votos. É o contramajoritarismo em sua essência.

No desempenho de tal atribuição, pode invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro – e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Vale dizer: onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática.

Acerca desse possível desequilíbrio de poder, talvez não vislumbrado por Madison, Barroso (2015, p.32) pondera que a atribuição contramajoritária deve ser exercida com parcimônia e apenas nos casos em que estejam em risco direitos fundamentais. Caso contrário, ataca-se a “liberdade de conformação do legislador e a razoável discricionariedade do administrador”.

Afora isso, o Ministro reconhece que, na realidade brasileira, o Supremo Tribunal Federal, por mais das vezes, reconhece a constitucionalidade dos atos normativos, confirmando, portanto, decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, majoritários em sua essência. Exemplifica Barroso (2015, p.32):

Por isso mesmo, é relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais efetivamente declarados inconstitucionais, sob a vigência da Constituição de 1988. É certo que, em uma singularidade brasileira, existem alguns precedentes de dispositivos de emendas constitucionais cuja invalidade foi declarada pelo STF. Mas, também aqui, nada de especial significação, em quantidade e qualidade. Anote-se, por relevante, que em alguns casos emblemáticos de judicialização de decisões políticas – como a ADI contra o dispositivo que autorizava as pesquisas com células-tronco embrionárias, a ADPF contra a lei federal que previa ações afirmativas em favor de negros no acesso a universidades e a ação popular que questionava o decreto presidencial de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol por decreto do Presidente da República –, a posição do Tribunal, em todos eles, foi de autocontenção e de preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República.

Apesar dessa postura do Supremo Tribunal Federal, esclareça-se que não se pode taxá-lo de não ser uma corte contramajoritária, afinal de contas, como já se esclareceu acima, o contramajoritarismo não significa decidir, obrigatoriamente, contra a maioria e se revela como uma virtude passiva.

Em rápido resumo, abordou-se a compatibilidade – necessidade, na verdade – entre um regime democrático e instituições contramajoritárias. Igualmente, foi explicada a razão de essa função ser exercida por uma corte judicial e, ainda, foram fixadas as características básicas dessas instituições, inclusive do Supremo Tribunal Federal. Momento, portanto, de finalmente se passar à questão principal do presente trabalho: verificar se ao Ministério Público brasileiro, no âmbito do controle de constitucionalidade, foi atribuído este mesmo caráter contramajoritário, tradicionalmente reservado a uma corte judicial.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Como vimos na seção anterior, o regime democrático não apenas é compatível com instituições contramajoritárias como carece delas. Nem por isso, evidentemente, toda instituição democrática é contramajoritária, sob pena de se instaurar um regime de governo em que os interesses das maiorias são ignorados, contrariando um dos pontos fulcrais da democracia.

Assim sendo, o Ministério Público brasileiro, quando exerce sua atribuição de iniciar o controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – ou nele intervir -, não pode, automaticamente, ser visto como contramajoritário simplesmente porque fruto de um regime democrático. Esclareça-se, a propósito, que nem mesmo integra o objeto desse trabalho esclarecer se a instituição do Ministério Público, numa democracia, deve ser necessariamente contramajoritária, até porque a formatação dessa instituição mundo afora não encontra grande homogeneidade. Há ordenamentos jurídicos, por exemplo, em que o *Parquet*, composto por burocratas, limita-se a promover a ação penal pública, não tendo nenhuma autonomia ou atribuição na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais indisponíveis (KERCHE, 1999).

O que se pretende explicar nos dois parágrafos acima é que é imperativo verificar, em concreto, se um dado texto constitucional criou um Ministério Público contramajoritário, não sendo isto, a princípio, uma consequência inarredável de um Estado democrático.

Para tanto, analisar-se-á o trabalho do Constituinte e o próprio texto constitucional promulgado, em cotejo com a ordem constitucional anteriormente vigente. Examinar-se-á, nos pontos que interessam ao trabalho, os diversos desenhos institucionais atribuídos ao Ministério Público ao longo do tempo, afinal este é um dado relevante para se averiguar a função de uma instituição.

4.1. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988

Resultado da Emenda Constitucional nº 26, de 1985, que deu concretude ao compromisso outrora assumido por Tancredo Neves com o povo brasileiro, instalou-

se no Congresso Nacional, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembleia Nacional Constituinte.

O objetivo era a elaboração de uma nova Constituição, que livraria o país daquele regime de exceção, que já perdurava vinte e um anos.

Aproximadamente vinte meses depois, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, composta, originalmente, de duzentos e quarenta e cinco artigos, além do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não é segredo que a Constituinte foi, em considerável medida, palco das corporações, inclusive das ministeriais, que buscavam, na nova ordem constitucional, posição e desenho institucionais mais avantajados. Segundo Cristovam Buarque, que participou exclusivamente da Comissão Afonso Arinos – cujo anteprojeto, a propósito, nem sequer foi enviado a Assembleia Nacional Constitucional – “as pressões das corporações acabaram aprisionando a Constituição de 1988 a curto prazo e em itens específicos, e não em questões nacionais”. Acrescenta Cristovam Buarque, que viria a se tornar Senador: “não se pensou o país como um todo, mas como um quebra-cabeça de corporações” (Agência Senado, 2018).

Apesar dessas pertinentes críticas, o trabalho final do Constituinte mantém-se louvável e resultou no texto que tem nos guiado pelo mais longo período democrático da história brasileira.

E é a análise dos trabalhos do Constituinte e do texto constitucional criado, comparando-os com a ordem constitucional superada, que nos permitirá responder ao questionamento: o Constituinte atribuiu ao Ministério Público, no âmbito do controle de constitucionalidade, um caráter contramajoritário?

Uma vez instalada a Constituinte, os trabalhos foram organizados da seguinte maneira: criaram-se oito comissões temáticas e uma Comissão de Sistematização. Essas oito comissões, por sua vez, subdividiram-se em três subcomissões temáticas. Coube a cada uma dessas vinte e quatro subcomissões elaborar um anteprojeto relativo a sua área e, depois, reunida com as outras duas adjacentes, compilá-los no anteprojeto da respectiva comissão temática, para posterior formatação pela Comissão de Sistematização. Este projeto, então, seria encaminhado e votado no Plenário, em dois turnos.

O Legislativo, à época, já era bicameral, mas o Congresso Nacional, fazendo as vezes de Assembleia Nacional Constituinte, funcionou como corpo único, como

sugerido pelo então Presidente da República, José Sarney, na Mensagem nº 48, que encaminhou ao Legislativo a proposta de emenda a Constituição relativa à convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Apesar dessa unicameralidade, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados, em seus sites na internet, disponibilizam farto material sobre os trabalhos daquelas subcomissões, comissões e do plenário.

Como são os mesmos documentos - apenas compilados de maneira diferente - preferiu-se, por questões práticas, usar como fonte principal os arquivos dos Anais da Assembleia Constituinte organizados pelo Senado Federal. É que a disposição deles e, sobretudo, a forma digital em que os arquivos são apresentados, facilita sobremaneira a pesquisa. Conquanto a Câmara dos Deputados e o Senado Federal disponibilizem os arquivos em *portable document format*, aquela exibe as imagens digitalizadas do próprio Diário da Assembleia Constituinte, rodado à época, enquanto o Senado Federal fornece o texto puro, o que simplificou, por demais, a leitura e, principalmente, a pesquisa eletrônica. O site do Senado Federal também oferece um bom mecanismo de pesquisas nesses arquivos.

A quantidade de material impressiona. Mesmo se filtrarmos os tópicos que mais interessam ao desenvolvimento desse trabalho, quais sejam, Ministério Público, Poder Judiciário e controle de constitucionalidade, há milhares de páginas de documentos. Ocorre que boa parte do texto constitucional é sobre a organização dos Poderes. Como escreveram Arantes e Couto, “o título “Da organização dos poderes” é responsável por quase 1/3 do total de dispositivos da Carta, indicando que os constituintes de 1988 tiveram grande preocupação em estabelecer minuciosamente a dimensão horizontal e funcional do sistema político brasileiro” (2006, p.53).

Independentemente disso, foram cuidadosamente analisados os registros da Comissão da Organização e Sistema de Governo e, especialmente, da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, palco principal das discussões que mais interessam a essa monografia. A documentação, que inclui as exposições de convidados, debates dos Constituintes, votações etc., reúne algumas centenas de páginas e foi integralmente analisada.

A pesquisa igualmente abrangeu os registros da Comissão de Sistematização e das Atas de Plenário. Nesta parte, todavia, o exame tinha que ser diferente, via

buscas por verbetes, em razão da vastidão do material: mais de uma dezena de milhares de páginas.

Nestes, iniciou-se a exploração por termos mais literais, a exemplo de “contramajoritário” ou “contramajoritarismo”, com ou sem hífen, e “minoría”, “minoritário”, “maioría” ou “majoritário”. Ampliou-se para verbetes igualmente relacionados ao objeto principal, porém um pouco mais genéricos. Apenas para exemplificar, buscou-se por “Ministério Público”, “ação direta”, “arguição”, “inconstitucionalidade”, “legitimados” e “Procurador-Geral da República”. Encontrado algum resultado, procedia-se à apreciação do trecho, investigando se realmente tocava ao objeto desse trabalho.

A paulatina leitura desses trechos dos textos, e a consequente familiarização com o vernáculo utilizado pelos Constituintes para tratar de determinados temas, permitiram a ampliação da pesquisa eletrônica para verbetes bem mais genéricos, como “*ad nutum*”, frequentemente utilizado para tecer comentários sobre a forma de destituição do Procurador-Geral da República. Outro verbete pesquisado foi “*ombudsman*”, repetido por diversas vezes quando se estava em discussão as funções do Procurador-Geral da República no Estado Democrático de Direito que se anunciava. Igualmente, e ainda apenas para ilustrar como se deu a pesquisa, buscou-se os termos “ampliação” e “monopólio”, os quais, percebeu-se, eram empregados pelos Constituintes, várias vezes, quando se debatia a ideia de ampliação do rol de legitimados a propor uma ação direta de inconstitucionalidade e do então vigente monopólio dessa atribuição, a cargo do Procurador-Geral da República. Como se verá mais adiante, a forma de destituição do Procurador-Geral da República, as funções por ele desempenhadas e a ampliação do rol de legitimados são vitais para a conclusão desse trabalho.

Também aqueles textos da Comissão da Organização e Sistema de Governo e da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, após cuidadosa e integral leitura, passaram por esses mesmos filtros de pesquisas eletrônicas, checando-se se alguma informação não havia passado despercebido.

Por fim, foi utilizada a Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, uma funcionalidade do site do Senado Federal que realiza buscas por verbetes em pareceres, despachos, propostas, justificativas etc. relativos a Constituinte.

Sem maiores rodeios, registra-se que pesquisas por termos literais, a exemplo de “contramajoritário” ou “contramajoritarismo”, independentemente da hifenização, não retornaram quaisquer resultados. O termo “minoría”, “minoritário”, “maioría” ou “majoritário” também não foram localizados no contexto de controle de constitucionalidade e função do Ministério Público.

Assim, rapidamente, mas sem nenhum aqodamento, pode-se afirmar que o Constituinte, ao menos nos debates orais ou justificativas escritas, não se valeu de terminologia que, de uma vez por todas, e sem qualquer esforço interpretativo, permitir-nos-ia afirmar que ao Ministério Público foi atribuído um caráter contramajoritário para o controle de constitucionalidade. Não foi encontrada nenhuma referência explícita.

Oportuno registrar que, igualmente, não há menção a esses termos quando se está em discussão o próprio Supremo Tribunal Federal, em que pese seu papel contramajoritário ser, como já visto na parte introdutória, da natureza de uma corte constitucional democrática.

Outrossim, não foram encontradas alusões, ainda nos limites do controle de constitucionalidade, de que caberia ao Ministério Público, ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, zelar por um mínimo existencial das minorias. As referências são, regra geral, à defesa de direitos fundamentais, independentemente do grupo titular.

A bem da verdade, forçoso admitir que não era mesmo de se esperar que o Constituinte - embora vários deles tivessem formação superior em áreas afins - utilizasse termos doutrinários, porque este é o linguajar próprio da ciência política, não da política.

Justamente por isso, mais importante foi averiguar, a partir das proposições e pronunciamentos dos Constituintes, se aquele ideal (um Ministério Público contramajoritário no controle de constitucionalidade) está presente no texto constitucional. Ainda, se aquele ideal foi a tese vencedora e efetivamente consta do texto promulgado.

Tendo isso em vista, e feitas as imperiosas críticas do material disponível, pode-se afirmar, com a segurança necessária, que o Constituinte atribuiu sim ao Ministério Público um papel contramajoritário para o controle de constitucionalidade concentrado perante o Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, era o desejo do Constituinte que o Ministério Público, ao iniciar ou intervir no controle de

constitucionalidade dos atos normativos, fizesse-o livremente, sem qualquer vinculação aos interesses da maioria, focado tão-somente na defesa do regime democrático e, por consequência, zeloso dos direitos das minorias. Isso porque, nitidamente, atribuiu a ele caracteres clássicos de uma instituição contramajoritária e o afastou, tanto quanto possível, das agitações políticas. Acrescenta-se, por relevante, que o Ministério Público, como função essencial à Justiça, embora autônomo financeiramente, igualmente não tem a bolsa nem a espada, o que torna compatível com o sistema, como visto, a imputação desse papel.

Antes de se passar aos argumentos centrais, deve-se atentar para o fato de que o Procurador-Geral da República, desde antes da Constituição Federal de 1988, é o representante do Ministério Público nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Portanto, analisar como o Constituinte tratou esta figura é de suma importância, sendo secundário perquirir o tratamento dispensado aos demais membros do Ministério Público, afinal não são eles quem falam pelo *Parquet* no desempenho daquela função.

Feito esse esclarecimento e examinados aqueles Anais, conclui-se que o Constituinte, por meio de três significativas mudanças em relação à ordem constitucional anterior, atribuiu à figura do Procurador-Geral da República e ao próprio controle de constitucionalidade um desenho institucional determinante de um atuar contramajoritário ministerial. Para fins didáticos, organizar-se-á elas em: forma de escolha e destituição; a função do Procurador-Geral da República; e a ampliação do rol dos legitimados.

Registra-se, derradeiramente, que, nos tópicos seguintes, usa-se muitas citações diretas e longas. Em qualquer outro trabalho, a utilização desse recurso não seria recomendada, uma vez que pode tornar a leitura enfadonha, além de empobrecê-lo. Não é o caso aqui, todavia. Ocorre que as citações são transcrições de trechos de discursos orais dos Constituintes. Assim, o excessivo encurtamento deles prejudicaria a compreensão do contexto, da atmosfera política em que proferidos, e esconderia talvez o maior mérito dessa monografia: a pesquisa nos Anais da Assembleia Constituinte.

4.1.1 Forma de escolha e destituição

Quando da Assembleia Constituinte, vigia a Constituição de 1969, como ficou conhecida a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que alterou profundamente a Constituição Brasileira de 1967.

Conforme aquele texto, o Procurador-Geral da República era livremente escolhido e destituído pelo Presidente da República, dentre brasileiros natos.

Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

(...)

De se anotar, ainda, que o Ministério Público era tratado – muito timidamente - na seção VII, do Capítulo VII, o qual versava, justamente, sobre o Poder Executivo. Imediatamente após, na seção VIII, estruturava-se as Forças Armadas. Noutras palavras, não só o Procurador-Geral da República, mas a instituição ministerial como um todo, integrava e era subalterna do Poder Executivo, posição na qual não se pode esperar qualquer ação contramajoritária.

Fazendo um recorte temporal mais amplo, a Constituição de 1967 oferecia menos liberdade ao Presidente da República, já que a nomeação do Procurador-Geral da República dependia da aprovação do Senado Federal. Ainda assim, porém, o chefe do Executivo poderia escolher dentre quaisquer brasileiros natos com mais de trinta e cinco anos, com notório saber jurídico e reputação ilibada:

Art. 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º.

(...)

De qualquer forma, é de se lembrar que, com a edição do famigerado Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, o Presidente da República ficou autorizado a exercer, conforme sua conveniência, as atribuições do Poder Legislativo, o que fez cair por terra, mesmo antes da Constituição de 1969, a necessidade de participação do Senado na escolha do Procurador-Geral da República.

Por sua vez, a Constituição de 1946, ainda que de viés reconhecidamente democrático, assim dizia:

Art. 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*.

(...)

A Constituição de 1937, apelidada de “a polaca”, em razão de sua inspiração, e de viés profundamente autoritário, pronunciava o seguinte:

Art. 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Também a de 1934,

Art. 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

§ 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*.

Feita esta resumida análise histórico-constitucional, percebe-se que o Constituinte de 1987-1988 lidava com um longo passado em que o Procurador-Geral da República, autoridade que iniciava as ações de controle de constitucionalidade, era despoticamente escolhido e destituído pelo Presidente da República e, justamente por isso, naturalmente submisso a ele. Não é possível qualquer postura contramajoritária nesse cenário.

Sabedor disso, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, o Constituinte demonstrou fazer questão de que a escolha e a destituição do Procurador-Geral da República fossem menos discricionárias, de modo a garantir ao Ministério Público uma maior independência do governo.

O desejo expresso era que o Ministério Público funcionasse como verdadeiro defensor do regime democrático, e não mais como mão do governo. Vejamos algumas citações, sempre com grifos nossos.

O SR. CONSTITUINTE MAURICIO CORRÊA: (...) Refiro-me aos cargos de Procurador-Geral, nas áreas federal e estadual. Há, em decorrência dessa submissão dos procuradores-gerais ao Poder Executivo, **a necessidade de se impor uma restrição a esse poder de demissão de quem nomeia o chefe do *Parquet*, a fim de que o órgão ou o Ministério Público possa cumprir a sua finalidade, ainda que no exercício dessa função venha contrariar os interesses daquele, ou daqueles, que os nomeou**². (...)

E mais.

O SR. CONSTITUINTE PAES LANDIM: (...) Ora, Ruy Barbosa incluiu na Carta de 1891, inclusive, no capítulo do Poder Judiciário, que o Procurador da República fosse escolhido entre um dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. **O objetivo é exatamente prestigiar e respeitar a sua independência, dar-lhe vitaliciedade, que ele possa também no seu cargo, embora nomeado pelo Presidente da República, com autonomia, dignidade, independência e vitaliciedade, defender também contra a União, lutar contra os interesses malsãos da União e do Governo Federal.** O que estamos hoje a corrigir seria a eleição do Procurador-Geral da República, a sua escolha submetida ao Senado Federal com mandato que transcendesse inclusive o do Presidente da República, para que ele tivesse autonomia suficiente para evitar o que o ilustre Constituinte Mauricio Corrêa disse muito bem: ter o privilégio da representação de constitucionalidade e, por interesses subalternos ou políticos do Presidente da República, deixar de fazê-lo. **Mas com a independência que se daria ao Procurador-Geral da República – escolhido pelo Presidente da República e submetido o seu nome ao Senado Federal, após prévia audiência pública – ele teria o condão suficiente de ser independente perante a União**³.

Esta mesma preocupação - conferir independência ao Procurador-Geral da República - é exposta por diversos outros Constituintes, que discursaram sobre a importância de sabatinas prévias e de um mandato. Apenas para ilustrar:

O SR. CONSTITUINTE MICHEL TEMER: (...) Diz, mais, este art. 9º, que a nomeação será pelo Presidente da República e a aprovação pelo Senado Federal. Consulto o nobre expositor se, como representante do Ministério Público, insugir-se-ia contra a idéia. O que diria da idéia de uma audiência pública, a que se submeteria o Procurador ou o candidato a Procurador-Geral da República, tal como ocorre na Norte América, em muitos estados. **Inclusive pretendo propor, nesta Constituinte, que as pessoas indicadas para muitos dos cargos, inclusive os do Judiciário, quem sabe até os do Supremo Tribunal Federal, sejam submetidos a uma audiência pública pelos órgãos legislativos, pela Ordem dos Advogados ou por setores da sociedade.** Afinal, se o poder emana do povo, isto a ninguém agride, ao contrário, só faz crescer, fortalece a democracia e participação de todos no processo governativo⁴.

² Ata da 1ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 13 de abril de 1987.

³ Ata da 9ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987.

⁴ Ata da 1ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 13 de abril de 1987.

O SR. CONSTITUINTE VIVALDO BARBOSA: (...) Ora, o Poder encarregado da elaboração das leis é o Legislativo. Naturalmente faz as leis na expectativa de elas serem adequadas e exatamente cumpridas. O controle e fiscalização da execução das leis interessa primordialmente ao órgão legislativo. **E evidente que isso me leva a concluir que a nomeação do Procurador-Geral, quer nos Estados, quer na União, deveria e deverá ser, se assim pensamos, pelo Congresso Nacional** e pelas Assembléias Legislativas estaduais, com a audiência pública, como aqui já foi solicitada, com diversas indicações e diversos pretendentes, com uma sabatina, como acontece nas comissões de escolha de nomeações⁵.

Ao final dos trabalhos, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sabe-se que o Procurador-Geral da República, pela primeira vez na ordem constitucional brasileira, é obrigatoriamente escolhido dentre membros do Ministério Público da União, para exercício de um mandato de dois anos, após aprovação pelo Senado Federal:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

[...]

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

Ainda, só pode ser destituído após aprovação da mesma Casa Legislativa, por maioria absoluta:

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Em conclusão, conferiu-se importante independência e estabilidade para o Ministério Público, caracteres fundamentais, como visto, para o atuar contramajoritário. Ao Procurador-Geral da República, ao menos no seu cargo de origem, também foi outorgada a vitaliciedade. Também há previsão de irredutibilidade de vencimentos, igualmente mencionada por Madison.

A bem da verdade, nem todas as propostas que confeririam maior autonomia ao Procurador-Geral da República frente ao chefe do Poder Executivo vingaram. Os

⁵ Ata da 1ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 13 de abril de 1987.

Constituintes ventilaram, por exemplo, a não coincidência dos mandatos do Procurador-Geral da República e do Presidente da República e a necessidade de escolha dentre uma lista tríplice formada pela própria instituição ministerial. Estes eram reclamos de alguns dos Constituintes, por exemplo:

O SR. CONSTITUINTE PAES LANDIM: (...) Entendo que ao **Procurador-Geral da República – mesmo nessa instância de defensor da sociedade, da lei e da Justiça, e não dos interesses da União**, braço direito da sociedade, não do Governo, digamos assim – parafraseando o velho Pimenta Bueno, devam ser dadas aquelas garantias que já foram discutidas, examinadas nas audiências públicas: **aprovação pelo Senado Federal e com mandato que extrapolaria, inclusive, o do eventual detentor do cargo de Presidente da República. Teria plena autonomia de atuação**, sem se circunscrever, em absoluto, à temporariedade do eventual mandatário máximo da República⁶.

Seja como for, não se pode negar a ampliação de independência quando comparado com o regime então vigente, afinal o escolhido há de ser membro do Ministério Público (cargo no qual é vitalício), aprovado pelo Senado Federal e exerce mandato fixo, do qual só pode ser afastado com autorização da maioria qualificada desta casa do Legislativo.

É se notar, inclusive, que, em certa medida, a escolha do Procurador-Geral da República é menos discricionária do que a dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal, de modo que, em tese, aquele seria ainda menos comprometido politicamente com o chefe do Executivo. Ora, os Ministros podem ser escolhidos dentre quaisquer brasileiros natos com notório saber jurídico e reputação ilibada, enquanto o Procurador-Geral da República há de ser, obrigatoriamente, da carreira do Ministério Público, cujo ingresso se dá por concurso público.

Mais importante do que a própria independência atribuída ao Procurador-Geral da República, e respectivas garantias, é o fato de que o Constituinte expressamente assim operou para que o Ministério Público pudesse exercer a defesa do regime democrático, sem se preocupar com os interesses do governo.

4.1.2 A função do Procurador-Geral da República

⁶ Ata da 8ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 15 de maio de 1987.

O Constituinte fez mais do que limitar a seleção e a destituição do Procurador-Geral da República, também o distanciando de qualquer defesa de interesse do governo.

Sabidamente, até 1988, o Procurador-Geral da República, além de ser o chefe do Ministério Público Federal, também era o responsável pela representação judiciária da União. Diz o Decreto-Lei nº 9.608, de 19 de agosto de 1946, o qual encontrava amparo no art. 126 da Constituição de 1946:

Art. 6º O Procurador Geral da República funciona perante o Supremo Tribunal Federal. Como Chefe do Ministério Público Federal representa os interesses da União e fiscaliza a execução e o cumprimento da lei em todos os processos sujeitos a seu exame.

A mesma ideia encontra-se no art. 95 da Constituição de 1969 e art. 138, § 2º, da Constituição de 1967.

Ocorre que não existia, até então, a hoje conhecida figura do Advogado-Geral da União, cujas funções principais eram exercidas, naquele tempo, pelos Procurador-Geral da República e Ministro da Justiça.

Fácil perceber, pois, que o Procurador-Geral da República servia (e tinha por dever de ofício servir) aos interesses do Poder Executivo, majoritário por excelência, mormente, como visto, num cenário em que a escolha e a destituição dependiam exclusivamente da vontade do chefe daquele Poder.

O Constituinte, contudo, estava angustiado com essa dualidade de funções do chefe do Ministério Público, que contaminava a atuação ministerial. Nas palavras do Constituinte Paes Landim, com grifos nossos:

O SR. CONSTITUINTE PAES LANDIM: – Sr. Presidente, Sr. Relator, meus caros colegas Constituintes, Sr. Procurador- Geral da República, Sr. Expositor, havia solicitado ao Líder do meu partido a minha inserção na Subcomissão do Poder Executivo para atender a problemas internos, sobretudo com a eleição do ilustre Constituinte Oscar Corrêa, que era desta Comissão, para a presidência. O Líder José Lourenço designou-me para esta Subcomissão, e confesso que me sinto feliz com isso, **porque acredito que a sedimentação do processo democrático, em nossa sociedade, vai depender muito mais, talvez, do Poder Judiciário e do Ministério Público do que dos demais Poderes.** Acho que o Judiciário e o Ministério Público podem desempenhar papéis realmente muito importantes em nossa sociedade. Achei da maior precisão a inclusão desse art. 308 no Anteprojeto Afonso Arinos, que **dá ao Ministério Público incumbência da maior importância: a defesa do regime democrático. (...) Minha inquietação fundamental é exatamente no sentido de que o Ministério Público tutele os grandes interesses da sociedade brasileira. Ela advém exatamente**

do fato de se confundir, já muito, em nosso País, não sei até que ponto, a função específica de Procurador-Geral da República, do Ministério Público da União, com a de defesa dos interesses da União, embora se faça justiça à recente atuação da Procuradoria da República em defesa de interesses difusos da sociedade. Sua função essencial deve ser a defesa da sociedade. (...) Perguntaria se não seria possível criar-se um Ministério Público ligado aos interesses específicos da sociedade, à defesa do regime democrático, da Constituição, das leis e, ao mesmo tempo, criar um serviço jurídico da União, como defensor específico da União. Deste modo se valorizaria o papel do Ministério Público como defensor da sociedade, do sistema democrático⁷. (...)

Tais preocupações foram externadas por diversos outros Constituintes. Senão vejamos, sempre com grifos nossos:

O SR. CONSTITUINTE MAURÍCIO CORRÊA: (...) Sr. Presidente, manifesto-me inteiramente solidário com a proposta consubstanciada no anteprojeto. Na verdade, **nos dias de hoje é inconcebível que se atribua ao Ministério Público a dupla função: representar a União, defendendo os seus direitos, e a sociedade.** Temos um exemplo típico, atualmente. **O Procurador-Geral da República é a única autoridade deste País com competência para argüir a inconstitucionalidade das leis, e é ao mesmo tempo o defensor maior da representação jurídica da União. Quer dizer, é um contra-senso⁸. (...)**

O SR. NILSON GIBSON: – Agradeço a V. Ex.a, nobre Constituinte Jorge Arbage, o aparte. (...) Fortaleça-se, como se espera ser feito, o Poder Judiciário; **torne-se o Ministério Público independente do Executivo, retirando-se do Procurador-Geral da República a função de advogado daquele Poder⁹ (...)**

E o Constituinte Plínio Arruda Sampaio, relator do anteprojeto:

A racionalidade está em não querermos uma instituição subordinada ao Executivo. Queremos uma instituição para perseguir a aplicação da lei, para devotar-se inteiramente a ela, sem nenhuma subordinação. Entendemos também que o Executivo, no exercício da discricção administrativa, tenha ao seu lado uma Procuradoria e uma Consultoria, e que estas duas funções sejam exercidas por profissionais do maior nível, organizados em carreira, dotados de garantias. Mas garantias compatíveis com o poder discricionário, que deve ter, dentro da nossa sistemática, o Chefe do Executivo, para certas questões. Poder limitado, mas deve ter¹⁰.

⁷ Ata da 1ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 13 de abril de 1987.

⁸ Ata da 9ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987.

⁹ Ata da 76ª sessão do Plenário, realizada em 3 de junho de 1987.

¹⁰ Ata da 9ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987.

Ao final, como se sabe, foi criada a Advocacia-Geral da União, chefiada pelo Advogado-Geral da União, este, naturalmente, de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República (art. 131 da Constituição da República de 1988). A ela cabe a defesa dos interesses do Poder Executivo. Desobrigou-se, dessa forma, o Procurador-Geral da República da esquizofrênica – e ilusória, já que impossível – função de defender, a um só tempo, o interesse público primário e o da União, enquanto pessoa jurídica de direito público.

Não apenas isso: o Constituinte vedou, expressamente, que o Ministério Público represente judicialmente ou preste consultoria jurídica a qualquer ente público (art. 129, *caput*, IX, da Constituição da República de 1988).

Conforme relata Arantes e Moreira (2019, p.121), a partir da Constituinte, o Ministério Público tornou-se “independente em relação ao poder Executivo, beneficiando-se do ambiente favorável à incorporação de uma instituição com ampla capacidade de fiscalização e controle dos poderes políticos”. É de se notar que o desenho institucional adotado pela Constituição de 1988 fortalece bastante as instituições de controle político, em especial as judiciais (AVRITZER; MARONA, 2017)

Até aqui, vê-se que o intento do Constituinte, concretizado, foi, inicialmente, liberar o Ministério Público das ingerências do Poder Executivo, garantindo a ele autonomia enquanto instituição e uma chefia escolhida com alguns filtros, a quem foi garantida um mandato. Num segundo momento, desincumbiu o Ministério Público de defender os interesses do governo, chegando mesmo a proibi-lo disso. Tudo para que o *Parquet*, em última instância, seja “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” (art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988). Mas o Constituinte também atuou numa terceira frente.

4.1.3 Ampliação do rol dos legitimados

Após criar regras limitantes para a escolha do Procurador-Geral da República, a quem foi conferido um mandato, e dispensá-lo/impedi-lo da função de defender os interesses do Poder Executivo, o Constituinte, conscientemente ou não, foi ainda mais

longe, concedendo ao Procurador-Geral da República mais liberdade para o exercício do controle de constitucionalidade.

E fez isso ampliando o rol de legitimados.

Historicamente, o Procurador-Geral da República era o único legitimado a representar pela inconstitucionalidade de um ato normativo, como previsto no art. 12, § 2º, da Constituição de 1934¹¹; art. 101, *caput*, I, *k*, da Constituição de 1946, art. 114, I, *I*, da Constituição de 1967 e, por fim, na Constituição de 1969.

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

(...)

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...)

Ora, se cabia única e exclusivamente ao Procurador-Geral da República a representação em abstrato pela inconstitucionalidade de um ato normativo, e sendo ele livremente escolhido e destituído pelo Presidente da República, era de se esperar que, naturalmente, o Procurador-Geral da República, no desempenho desse mister, servisse aos interesses do governo.

Em adição a essa inclinação natural, não se pode ignorar, nesse cenário constitucional, a própria existência de um dever funcional do Procurador-Geral da República de defender os interesses do governo no controle de constitucionalidade, afinal, como visto, não existia a figura do Advogado-Geral da União tampouco o Presidente da República tinha capacidade autônoma para ir até o Excelso Pretório. Não havia alguém, senão o próprio Procurador-Geral da República, que pudesse levar ao Supremo Tribunal Federal uma arguição de inconstitucionalidade conforme o entendimento ou interesse do governo. Assim, ele atuava claramente como *longa manus* do Presidente da República.

Contudo, apesar de ser compreensível - e não necessariamente antirrepublicana -, aquela formatação constitucional não deixava nenhuma margem

¹¹ O controle de constitucionalidade concentrado só foi introduzido no Direito brasileiro com o advento da Constituição de 1934.

para o exercício de um papel contramajoritário pelo Ministério Público, afinal o Procurador-Geral da República não podia (faltava-lhe liberdade, porque de confiança do Presidente da República) nem devia (dever funcional; único legitimado) ignorar os interesses do governo. Era um erro que, a par daquela dualidade de funções mencionada no tópico anterior, precisava ser corrigido, nas palavras do Constituinte Nilson Sguarezi:

O SR. CONSTITUINTE: – V. Ex.a deve ter lido no Jornal do Brasil de terça-feira o depoimento de um homem insuspeitíssimo, vítima da Revolução, vítima do AI- 5 da maneira mais drástica e absurda. Esse grande e notável advogado Evandro Lins e Silva, veementemente fez a defesa da preservação do Supremo Tribunal Federal. Até por que não vi, até hoje, em qualquer audiência pública nem nessas sessões, nem dos poucos que aqui compareceram, questionar-se a eficácia do controle constitucional do Supremo Tribunal Federal. **O que se questionou foi a prerrogativa de exclusividade do Procurador-Geral da República. É um erro que precisa ser corrigido¹².**

Em verdade, parece-nos que, neste ponto, a preocupação maior do Constituinte foi - desconfiando da efetiva independência de que o Ministério Público gozaria na nova ordem constitucional, afinal lidavam com um histórico em que o Procurador-Geral da República servia ao Executivo - atribuir também a outros atores a possibilidade de representar pela inconstitucionalidade. Várias foram as manifestações nesse sentido, com destaques nossos.

O SR. CONSTITUINTE JAIRO CARNEIRO: – Sr. Presidente. Srs. membros da Mesa, Sr. Procurador-Geral da República, ilustres Constituintes, meu caro expositor, confesso que estamos aqui rendidos pelo brilhantismo do conteúdo da exposição e do talento político do representante da Confederação Nacional do Ministério Público. Acredito que, pela efetividade ou por outro critério, ele seria um membro mais do que do Ministério, até desta Casa. Vou tocar em questões talvez muito simples, mas de muita e crua objetividade. **Percebo a intenção nuclear de se colocar a instituição acima ou eqüidistante dos Poderes – e estou de pleno acordo –, desfrutando das garantias e prerrogativas que requer para o exercício, com independência e liberdade, da sua missão nobre. No entanto, noto que no bojo da proposta existem dispositivos que repetem a prática de hoje e que mantém os vínculos com o poder.** A nomeação do chefe da instituição não lhe assegura a liberdade de ação de que necessita como instrumento que deve servir à **defesa da sociedade e das instituições democráticas**. Este é, sem dúvida, o grande anseio da população brasileira. **E pelejaremos para que tenhamos um Ministério Público com essa qualidade e esses atributos.** (...) Então, indago: por que limitar e restringir a representação da incompatibilidade ao Ministério Público? (...) **Esta vinculação é perigosa e os exemplos de hoje se repetirão amanhã, seja**

¹² Ata da 9ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987.

a nível federal ou estadual. E mais, vejo esta liberdade e independência do Ministério Público limitada nas circunstâncias de hoje¹³.

SR. MAURÍCIO CORRÊA (PDT – DF. Sem revisão do orador.): – Sr. Presidente, Sr.as e Srs. Constituintes, gostaria de merecer a atenção desta douda Assembléia para uma questão de vital importância que foi objeto de um equívoco, data venia, por época da discussão desta matéria na Comissão de Sistematização. (...) Para V. Ex.as entenderem, na atual situação do corpo legal brasileiro, **a invocação de arguição de inconstitucionalidade, em tese, só pode ser feita pelo Procurador-Geral da República, e evidentemente que este só o faz quando há interesse do Governo. E é exatamente por isso que o Projeto Cabral, aprovado na Comissão de Sistematização, criou um leque de autoridades que podem arguir perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de qualquer lei**¹⁴.

O SR. CONSTITUINTE BRANDÃO MONTEIRO: (...) Queria aqui fazer uma referência ao que afirmou o Constituinte Luiz Inácio Lula da Silva. Tive oportunidade de ser Presidente da CPI do escândalo Delfin-BNH, uma das poucas CPI que produziu um projeto de resolução, indicando ao Procurador-Geral da República que tomasse as providências porque era evidente a infringência de vários dispositivos da nossa lei penal. **Infelizmente, na estrutura brasileira temos um Procurador-Geral da República que exerce, no meu entender, uma função que deveria ser a de supremo do País, porque até a questão de inconstitucionalidade de uma determinada lei, que ele teria de dar tramitação, quando não interessa ao Governo a que serve, fica engavetada**¹⁵. (...)

Veja-se, pois, que o monopólio da representação por parte do Procurador-Geral da República foi bastante criticado durante a Constituinte. Porém, não apenas pela desconfiança que pairava sobre sua independência. Esse monopólio também foi apontado como um “obstáculo constitucional” à defesa de direitos.

O SR. ANTÔNIO MORIMOTO: (...) Agora, os aspectos técnicos propriamente ditos. Sabe-se que **na Constituição autoritária ainda em vigor somente o Procurador-Geral da República pode representar ao STF, arguindo a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou para esclarecer dúvidas de interpretação de lei ou ato normativo, federal ou estadual. No anteprojeto, tal como foi inicialmente divulgado pela Comissão de Sistematização, há, em parte, sensível melhora, pela abertura que dá, para que determinadas autoridades e entidades representativas da sociedade possam propor a ação direta de inconstitucionalidade. (...)** O que nós queremos evitar é a frustração do próprio magistrado, do emérito julgador, quando vislumbra, ele próprio, a injustiça, vê ele mesmo, no seu duto discernimento, que a parte tem razão, que o direito exposto é bom, mas que **um obstáculo constitucional não permite que ele tome conhecimento, por ser da exclusiva competência do Procurador-Geral da República, ou por se tratar de ato de natureza administrativa. Seja esta uma homenagem, ainda que póstuma, ao gesto angustiado e patético do**

¹³ Ata da 1ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 13 de abril de 1987.

¹⁴ Ata da 240ª sessão do Plenário, realizada em 6 de abril de 1988.

¹⁵ Ata da reunião do dia 14 de maio de 1987 da Comissão de Sistematização.

sempre lembrado Ministro Adauto Ludo Cardoso, também originário desta Casa, que, ao apreciar uma representação por inconstitucionalidade, exasperado porque o tolhia a limitação constitucional iníqua, rasgou, em público, a própria toga! Este relato, vem, aliás, muito a propósito. O autor da representação era o contestável da nossa Nova República, o ínclito Deputado Ulysses Guimarães. O facho que ele agora empunha à luz do ambiente democrático ele o elevava por entre as penumbras de uma ditadura sombria. E pretendi a do Supremo que daquela Casa insigne se abrisse uma janela, mas a janela estava pregada firmemente por uma Constituição injusta. E o povo brasileiro não viu a luz. Adauto, o grande Adauto, o democrata Adauto, então chegou ao desespero, e Ulysses, derrotado, foi, ao mesmo tempo, um vencedor incontestado. Para o regime impopular, sobrou uma vitória de Pirro¹⁶. (...)

O SR. DIVALDO SURUAGY (PFL – AL. Pronuncia o seguinte discurso.): (...) **Outro avanço inesquecível foi o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para oferecer representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.** Concedendo tal poder às Mesas da Câmara, do Senado e das Assembleias Legislativas Estaduais, aos Governadores, ao Conselho Federal da OAB, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as Confederações Sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, a nova Constituição dá à sociedade um poderoso instrumento para a contenção dos abusos do poder e, mais do que isso, para a correta interpretação do texto constitucional¹⁷. (...)

Percebe-se, pois, que o Constituinte estava bastante preocupado com a inércia do Procurador-Geral da República quando a declaração de inconstitucionalidade pudesse contrariar os interesses do Executivo, já que isso impedia o Supremo Tribunal Federal de conhecer daquela matéria.

Ao final, o texto promulgado prevê, pela primeira vez na história constitucional brasileira, diversos legitimados. Veja-se a redação original - antes da alteração da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual apenas ampliou o rol da ação declaratória de constitucionalidade e cuidou de corrigir um descuido do Constituinte, incluindo as instituições distritais.

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;

¹⁶ Ata da 22ª reunião extraordinária da Comissão de Sistematização, realizada em 31 de agosto de 1987.

¹⁷ Ata da 262ª sessão do Plenário, realizada em 4 de maio de 1988.

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

(...)

Independentemente do propósito do Constituinte, agindo de forma mais ou menos consciente do que a ampliação do rol de legitimados realmente representaria, esta pode ser vista, hoje, como o derradeiro fator que conferiu ao Ministério Público ampla independência e, por consequência, liberou-o para o atuar contramajoritário.

Ocorre que, ao ampliar significativamente a relação de legitimados, não foi enfraquecido o papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade - ao contrário do que pode parecer numa primeira leitura. Na verdade, libertou-o do dever de defender os interesses majoritários, afinal de contas agora há legitimados para tanto, em especial os próprios Presidente da República e Governadores, legitimados por si, e as mesas das Casas Legislativas.

Se a existência de um mandato e o fim da dualidade de funções do Procurador-Geral da República - inovações analisadas nos tópicos anteriores - servem como amparo jurídico à independência do *Parquet* no controle de constitucionalidade, a ampliação do rol de legitimados funciona como um suporte fático a essa mesma independência. Isto porque a defesa dos interesses do governo pelo Procurador-Geral da República simplesmente passa a ser desnecessária.

Reforçando essa conclusão, vê-se que restou estabelecido que o Advogado-Geral da União será citado para “defender o ato ou texto impugnado” (art. 103, § 3º, da Constituição da República de 1988). Ora, com essa cláusula, o Constituinte atribuiu ao Advogado-Geral da União o que, no regime anterior, acabava sendo feito pelo Procurador-Geral da República: zelar pelos interesses do Executivo.

Outrossim, o Constituinte tornou obrigatória a oitiva prévia do Procurador-Geral da República em todos os processos (art. 103, § 1º, da Constituição da República de

1988), atribuindo a essa figura um verdadeiro papel de *custos constitutionis* e indicando que confia a ela uma postura imparcial e independente, típicas do contramajoritarismo. Não se contentou com a visão do requerente nem da União, que defenderá o ato normativo, enriquecendo a relação processual com a participação de uma instituição autônoma, cuja missão constitucional, expressa, é a defesa do regime democrático.

Sintetizando o trabalho do Constituinte e vislumbrando que a ampliação do rol de legitimados colocaria o Ministério Público no caminho de defensor da Constituição, não da União, ponderou o Constituinte Maurício Corrêa, que viria a se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal:

(...)

De sorte que **é preciso que se consagre de uma vez por todas que o representante da sociedade é o Promotor**. Tanto é que na proposta, que endosso, do anteprojeto, **a autoridade competente, em primeiro lugar, para argüir a inconstitucionalidade em nome da sociedade, é o Promotor-Geral**. Esta é uma definição adequada, justa, nos dias de hoje. E tivemos a experiência, mais do que candente, mais do que firma, ao longo desses vinte anos, da ditadura militar, bastante penosa para nós, que inclusive trouxe a Adauto Lúcio Cardoso a sua precoce aposentadoria no Supremo Tribunal Federal, porque **a arguição de inconstitucionalidade só era possível ser feita pelo Procurador-Geral da República**, a mando, por determinação até de ofício, do Presidente da República. Por essas razões, e **em nome da sociedade brasileira que queremos liberta, através do exercício também liberto do Ministério Público**¹⁸ (...)

¹⁸ Ata da 9ª reunião extraordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, realizada em 23 de maio de 1987.

5 CONCLUSÃO

Apesar de a ideia de democracia estar relacionada à de maioria, o princípio democrático vai além do princípio majoritário, afinal às minorias vencidas é garantido um mínimo existencial.

Este entendimento obriga que, nos seios das democracias, existam instituições contramajoritárias, às quais cabem verificar a compatibilidade entre os atos editados pelos Poderes Executivo e Legislativo, primordialmente majoritários, e a Constituição. Tudo para que as majorias não subjuguem as minorias.

No decorrer do trabalho, assentou-se que esse papel contramajoritário, tradicionalmente, é atribuído a uma corte judicial, que opera o chamado *judicial review*. Ela realiza o controle de constitucionalidade, alijando do sistema jurídico os atos que, embora expressão dos interesses da maioria, não respeitem o mínimo das minorias.

A entrega ao Judiciário dessa sensível atribuição justifica-se porque ele precisa dos demais Poderes para fazer valer suas decisões, o que denota certa fraqueza e contribui para o equilíbrio de poderes. Afora isso, o Judiciário é, normalmente, mais afastado da arena política e seus integrantes não são, num sentido estrito, representantes do povo, mas escolhidos via sistema próprio e gozam de garantias particulares, a exemplo da vitaliciedade. Isso o torna o palco contramajoritário perfeito.

Na realidade jurídica brasileira, após análise dos Anais da Assembleia Constituinte de 1987-1988 e da própria evolução do tratamento constitucional dispensado ao Ministério Público, conclui-se que aquele caráter contramajoritário também foi atribuído ao Ministério Público, quando atua no controle de constitucionalidade concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

Na falta de indicativos literais, chegou-se a essa conclusão por meio de uma análise interpretativa dos pronunciamentos dos Constituintes e do próprio texto constitucional promulgado, em cotejo com a ordem constitucional superada.

Em primeiro, porque o processo de escolha e destituição do Procurador-Geral da República se dá com restrita discricionariedade. O Presidente da República só pode escolher dentro integrantes da carreira ministerial, a indicação deve ser aprovada pelo Senado Federal e ao chefe do Ministério Público é atribuído um

mandato. Não é demissível *ad nutum*. Estas são garantias semelhantes às do integrante de uma corte constitucional, contramajoritária por excelência.

Para além disso, o Procurador-Geral da República, desde 1988, não fala mais pela União, providência que garantiu que o Ministério Público não servisse mais como defensor dos interesses do governo. Foi constitucionalmente elevado à condição de defensor da ordem jurídica e do regime democrático.

Por fim, o Constituinte ampliou o rol de legitimados a questionar, em abstrato, a constitucionalidade de um ato, liberando, com isso, o Procurador-Geral da República – até então o único legitimado – do restritivo ônus de ter que levar a Corte Suprema a visão majoritária do chefe do Poder Executivo.

Dessa forma, percebe-se que o Constituinte atribuiu ao Ministério Público um desenho institucional compatível com o atuar contramajoritário, armando-o para tanto.

Como bem resumiu Bonavides (2003), a Constituição de 1988 criou um Ministério Público que “[...] 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”. (p.350).

REFERÊNCIAS

Anais da Assembleia Constituinte. Senado Federal. Disponível em <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 de out. 2020.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio Gonçalves. **Constituição, governo e democracia no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais – vol. 21, nº 61. 2006 Disponível em < <https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>>. Acesso em: 13 de mar. 2021.

ARANTES, Rogério B.; MOREIRA, Thiago M. Q.. **Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal**. Opin. Publica, Campinas, v. 25, n. 1, p. 97-135, 2019. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/1807-0191201925197>>. Acesso em: 15 de jan. 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia: o Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro**. 2018. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800010003>>. Acesso em: 13 de jan. 2021

_____. **O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político**. 2015. Disponível em <<https://revistades.jur.pucrio.br/index.php/revistades/article/view/781/425>>. Acesso em: 27 de dez. 2020.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. **A Tensão entre Soberania e Instituições de Controle na Democracia Brasileira**. Dados, Rio de Janeiro, v. 60, n. 2, p. 359-393, abr. 2017. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/001152582017123>>. Acesso em: 10 de dez. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 10 de out. 2020.

BICKEL, Alexander M.. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed., atual - São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo**. In: MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão et al (Coord.). Ministério Público e a ordem social justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

Comissão Afonso Arinos elaborou anteprojeto de Constituição. Agência Senado. 01/10/2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao>>. Acesso em: 27 de dez. 2020.

COSTA JÚNIOR, Paulo Alkmin. **O Continente e as 11 Ilhas**: a mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política. Tese de doutoramento em Ciência Política - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2018.

DAHL, Robert A.. **Poliarquia**: Participação e Oposição. prefácio Fernando Limongi; tradução Celso Mauro Paciornik. - . ed. 1. reimpr. - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

Diários da Assembleia Nacional Constituinte. Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios_anc>. Acesso em: 10 de out. 2020.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 1989.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional.** Traduzido por Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**, publicado em inglês Hamilton, Madison e Jay, cidadãos de Nova York, e traduzido em português. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840.

KERCHE, Fábio. **Virtude e Limites**: autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. São Paulo: Edusp. 2009.

_____. **O Ministério Público no Brasil**: relevância, características e uma agenda para o futuro. Revista USP, [S. l.], n. 101, p. 113-120, 2014. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i101p113-120. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87818>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **O Ministério Público brasileiro e seus mecanismos de accountability.** Paper preparado para o XXIII Encontro Anual da Anpocs, GT 12. 1999. Disponível em <<https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/23-encontro-anual-da-anpocs/gt-21/gt12-15/4960-fkerche-o-ministerio/file>>. Acesso em: 27 de dez. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Manoel Leonardo. **Voto, (des)informação e Democracia:** déficit de accountability e baixa responsividade no município do Recife. Revista Política Hoje, [S.l.], v. 17, n. 1, jan. 2010. ISSN 0104-7094. Disponível em <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3858>>. Acesso em: 20 de abr. 2021.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada.** Volume II – As Questões Clássicas. São Paulo: Ática, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.