PODER JUDICIÁRIO — GARANTIAS CONSTITUCIONAIS — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — MINISTÉRIO PÚBLICO

— O que caracteriza a Justiça como Poder não são as garantias a ela constitucionalmente asseguradas, mas, única e exclusivamente, a extensão das suas funções à área política do Govêrno.

— O que discrimina a Justiça da Administração é que esta se organiza segundo um plano de hierarquia ou de subordinação, ao passo que a Justiça se organiza no plano da liberdade ou da independência.

— Interpretação do art. 61 da Constituição de São Paulo.

PARECER

A Constituição do Estado de São Paulo prescreve, art. 61:

"Os vencimentos dos membros do Ministério Público de primeira instância serão iguais aos dos Juizes das respectivas entrâncias, vedada a percepção de custas, emolumentos ou porcentagens.

Parágrafo único — Os da segunda instância terão dez por cento a mais do que os da entrância mais elevada de prira instância".

Mediante invocação do art. 61, acima transcrito, alguns membros do Ministério Público de São Paulo reclamaram a mesma diferença de vencimentos, que juízes haviam obtido em ação judicial, com fun-

damento no item VI do art. 124, da Constituição Federal de 1946.

Julgada em 1.ª instância procedente a ação, a sentença foi reformada pela turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento de que a garantia, instituída em favor do Ministério Público no art. 61 da Constituição de São Paulo, de irredutibilidade de vencimentos constitui uma garantia privativa dos magistrados, como membros de um dos Podêres da União ou dos Estados.

I

As garantias de independência conferidas ao Poder Judiciário são essenciais não só à sua independência como poder, quando, como entre nós, a Justiça é elevada a essa categoria política, como são, igualmente, essenciais à sua independência ainda quando a Justiça, separada da administração, constitui um corpo autônomo, embora não tenha sido alçada à categoria de um dos Podêres do Estado.

A técnica, mediante a qual se garante à Justiça a sua independência, constitua ou não um Poder, é a mesma técnica empregada pela Constituição e pelas leis para assegurar a outras funções, que não participam da alta categoria política em que foi situada a Justiça, a independência necessária a que se exerçam à sombra de qualquer subordinação a ordens, instruções ou injunções da autoridade legislativa ou executiva.

O que caracteriza a Justiça como Poder não são as garantias conferidas à sua independência, ou mesmo a sua declarada ou implícita independência de instruções, injunções ou ordens da autoridade executiva, porque, ainda quando a Justiça não constitui um Poder, a ela são conferidas as mesmas garantias de independência. Tais garantias, portanto, não são privativas da Justiça como Poder, mas, igualmente necessária ao exercício das suas funções jurisdicionais à sombra de qualquer influência ou constrangimento, mediante o qual um Poder procure substituir o seu próprio critério ou juízo ao critério ou juízo da autoridade judicante.

As prerrogativas constitucionalmente imputadas à Justiça como Poder, teriam necessàriamente que lhe ser imputadas, ainda que não fôsse um Poder, desde que se quisesse completar a separação, que se processa progressivamente, entre administração e justiça.

O que caracteriza a Justiça como Poder não são as garantias a ela constitucionalmente asseguradas, mas, única e exclusivamente, a extensão das suas funções à área política do Govêrno, ou melhor, a atribuição à Justiça da competência de controlar os demais Podêres, impedindo que êles exorbitem da sua competência, ou desviem ou derivem o seu exercício para fora das linhas legais ou constitucionais que os limitam não só no que respeita aos fins, como no que concerne aos meios.

Tanto assim é, que nos países em que não se confere tal competência à Justiça, esta não constitui um Poder, embora a ela sejam atribuídas as mesmas prerrogativas de independência no que tange às suas mais restritas funções jurisdicionais, assegurada essa independência pelos mesmos meios técnicos que garantem à Justiça como Poder a sua independência.

Não é, portanto, a técnica utilizada para garantir a independência da Justiça o que a caracteriza como um dos Podêres do Govêrno.

As garantias asseguradas à Justiça lhe deveriam ser, necessàriamente, asseguradas desde que se quisesse conferir à Justiça, ainda que a sua jurisdição fôsse mais restrita do que a que lhe é imputada na qualidade de Poder, a independência em face dos demais Podêres, ou que se pretendesse, de modo radical, extremar a jurisdição exercida pela Justiça da mesma atividade, quando exercida pela Admtnistração.

Aliás, o que distingue a Justiça da Administração não é a diversidade, quanto à natureza das funções por ambas exercida. A Administração exerce funções de natureza tìpicamente jurisdicional, ou jurisdicional pelo seu objeto e pela índole lógica do processo por ela aplicado para dizer o direito (Rechssprechung) nos casos em que lhe caiba executar a lei, ou decidir de acôrdo com a lei. Merkl, no seu *"Algemeines Verwaltungs Recht"*, § 3.º, deixa fora de dúvida que nenhum critério de natureza material poderá extremar, de modo satisfatório, a Justiça da Administração. Nem a natureza da atividade ju-

risdicional, que é exercida tanto pela Justiça, como pela Administração; nem diverge a finalidade com que ambas exercem a mesma função; nem a aplicação do direito pela Justiça constitui um fim e não um meio, nem na Administração a realização do direito é um simples meio para consecução de fins que lhes sejam próprios; nem a Justiça tem por objeto próprio e específico a realização do direito privado, e a Administração, a do direito público; nem a discricionalidade (*freie Ermessen*), embora ocupando área mais ampla na Administração, discrimina, de modo seguro ou satisfatório, uma da outra, a Justiça e a Administração, pois a atividade desta é muitas vêzes estritamente vinculada pela regra de direito, e na atividade da Justiça, particularmente, da Justiça criminal, a lei atribui ao juiz uma área mais ou menos difusa de discricionalidade ou de livre apreciação das circunstâncias.

O que discrimina a Justiça da Administração é que nesta há hierarquia, havendo dependência de determinadas autoridades em relação a outras, podendo as autoridades superiores expedir ordens, instruções ou injunções às autoridades inferiores, ao passo que na Justiça, mesmo os juízes de cujas decisões há recurso para outra instância, decidem livremente ou não estão adscritos a decidir de acôrdo com ordens, injunções, instruções ou avisos da instância de recurso. O que discrimina a Justiça da Administração é que esta se organiza segundo um plano de hierarquia ou de subordinação, ao passo que a Justiça se organiza no plano da liberdade ou da independência.

Não é, portanto, porque a Justiça exerce uma das funções essenciais do Estado, como é a jurisdição, que a ela se conferiu a categoria de Poder, pois a atividade jusridicional é como a ela e à Administração. Para que, por sua vez, se afirme a independência da Justiça, não é necessário que se lhe atribua a prerrogativa de a equiparar no plano político aos demais Podêres do Govêrno, pois mesmo no caso em que não seja considerada como um dos Podêres do Govêrno, à Justiça se tem assegurado a independência, não só mediante o reconhecimento de autonomia no exercício da sua função, como mediante a técnica usual de assegurar ao juiz condições especiais de estabilidade no cargo e na situação financeira, ambos subtraídos à discrição do Legislativo e do Executivo.

Não é, assim, pelo motivo de exercer a jurisdição, que é uma das atividades essenciais do Estado, que a Justiça é um Poder. A jurisdição também a exerce a Justiça nos regimes em que ainda não alcançou a sua configuração constitucional de Poder.

A elevação da Justiça à categoria de Poder se deve não à circunstância de exercer jurisdição, mas a um tipo específico de Govêrno constitucional, ou ao tipo de govêrno em que a jurisdição judicial se exerce por igual em relação aos atos dos demais podêres, cujas limitações constitucionais, se não pudessem ser objeto da jurisdição, teriam por exclusivo juiz da sua observância precisamente os Podêres que a Constituição pretendeu limitar.

Desde que à Justiça se comete a competência de apreciar e decidir quanto às limitações constitucionais dos Podêres do Govêrno, ela acede, por isto mesmo, à categoria de Poder.

A técnica de assegurar, mediante garantia de estabilidade no cargo e nas vantagens de ordem financeira, a independência da Justiça, há de ser empregada, por igual, em todos os casos em que a lei, por conveniência do interêsse público, entenda de institucionalizar um serviço, subtraindo-o à subordinação hierárquica, em cujo plano se organiza a administração geral, ou à discricionalidade das decisões políticas.

Tôda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos.

Como e quando se impõe o emprêgo dessa técnica de organização de determinado serviço público é uma questão de política legislativa no mais alto sentido da expressão. Porque tal técnica foi adotada em relação aos Podêres do Govêrno, não se pode excluir, nem jamais se excluiu, o seu emprêgo em relação a serviços públicos de menor categoria ou de mais restrita projeção na ordem administrativa, jurisdicional ou política. Nem se diga que aquela técnica, quando aplicada a outro serviço público que não tenha a categoria de Poder do Govêrno, não pode ser instituída na Constituição, embora o possa em lei ordinária.

Se a técnica em questão deva ser objeto de norma constitucional, dependerá tão-sòmente do grau de independência que o legislador constituinte queira assegurar ao serviço, pondo-o a coberto não sòmente da discreção do Executivo, como, por igual, do Poder Legislativo. Se, pela natureza do serviço, o legislador constituinte entende que deve imunizá-lo à ingerência de ambos os podêres, nada há que o impeça de fazê-lo, no caso submetido à minha consulta.

O fato de que os vencimentos dos funcionários são fixados mediante iniciativa do Poder Executivo e deliberação do Poder Legislativo, não impede que na própria Constituição, para casos especiais, em que a conveniência pública aconselhe subtrair ao arbítrio do Executivo ou do Legislativo a fixação de vencimentos de determinados funcionários, o legislador constituinte não o possa fazer, sem que em nada desnature aquela competência privativa dos dois mencionados podêres. Na Constituição Federal nada há que obste ao Constituinte estadual a institucionalização de um serviço público do Estado, mediante garantias de ordem funcional e financeira, que lhe pareçam indispensáveis a mantê-lo estanque às ingerências discricionárias dos dois podêres de que depende a investidura, a destituição e a remuneração dos funcionários em geral.

A admitir-se que os Estados têm um poder constituinte que lhe seja próprio, específico ou exclusivo, êsse poder terá a faculdade de organizar o Estado, com a única reserva de que o faça sem ofensa aos princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Da outorga de garantias constitucionais a determinados funcionários estaduais, em razão da peculiaridade e da relevância social das suas funções, como no caso do Ministério Público, não me parece resultar inobservância do princípio geral da competência constitucional do Poder Executivo e do Poder Legislativo para organizar a administração, fixando-lhe os quadros e a remuneração dos seus funcionários.

É indubitável que o Ministério Público, de órgão subordinado, como os demais órgãos da Administração, ao princípio hierárquico sob cuja base se organizam os serviços administrativos, sujeito, portanto, a ordens, instruções, injunções ou avisos dos hierarcas da Administração, tende a evoluir, como já vem evoluindo (pela pressão de fatores sociais profundamente interessados na independência dos mais importantes serviços judiciais ou para-judiciais, tanto os especificamente judiciais, como os de necessária cooperação com a justiça, ou indispensáveis ancilares da sua atividade), no sentido de se institucionalizar, mediante garantias de independência, que excluam a interferência da política no exercício das suas funções.

Na própria Constituição Federal o Ministério Público é regulado em Título especial (Título III) e o art. 127 lhe garante, após dois anos de exercício, a indemissibilidade a não ser mediante sentença judiciária ou processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa. No mesmo artigo, é assegurada inamobilidade aos membros do Ministério Público.

O que o art. 61 da Constituição de São Paulo estabeleceu de nôvo em relação às garantias do Ministério Público foi a irredutibilidade dos vencimentos, o que representa apenas um passo a mais na linha tendencial que vem conduzindo o Ministério Público da sua primitiva su-

alternidade na hierarquia administrativa, como simples instrumento ou agente do Govêrno junto à Justiça, para a situação de uma agência, de caráter eminentemente social, cuja função não é a de ancilar do Govêrno, mas de cooperadora com a Justiça, no sentido de facilitar a esta a realização mais satisfatória das finalidades de ordem social, que constituem a sua razão de ser.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 2 de janeiro de 1960

Francisco Campos, Prof. da Fac. Nacional de Direito.