

## AFASTAMENTO DO CARGO PARA EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES PÚBLICAS

**PROCESSO Nº 0. 00. 000.000006/2005-08**

**RELATOR: CONSELHEIRO HUGO CAVALCANTI MÉLO FILHO**

**INTERESSADO: ABDALA ABI FARAJ**

**OBJETO: AFASTAMENTO DO CARGO PARA O DESEMPENHO DE OUTRAS FUNÇÕES PÚBLICAS.  
ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### EMENTA

**MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA.** Os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária. **EXERCÍCIO DE CARGO FORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** Os membros do Ministério Público foram proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

### ACÓRDÃO

ACORDAM os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência do CNMP para baixar Resolução sobre a matéria, vencido o Conselheiro Saint'Clair. No mérito, resolveu o Conselho aprovar a Resolução nº 5/2006, sendo que, quanto ao seu conteúdo, a redação relativa ao tema exercício de atividade político-partidária prevaleceu, por maioria, vencidos os Conselheiros Hugo Cavalcanti Melo Filho (relator), Ricardo Mandarino, Luís Carlos Madeira, Alberto Cascais, Ivana Auxiliadora e Janice Ascari. Também por maioria foi aprovada a redação relativa ao tema afastamento para exercícios de cargos fora da órbita do Ministério Público, vencidos, parcialmente, os Conselheiros Paulo Prata e Osmar Machado.

Brasília, 20 de março de 2006.

**Hugo Cavalcanti Melo Filho**

Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de **pedido de providências** formulado por **ABDALA ABI FARAJ**, advogado militante em Joinville, Santa Catarina, ao efetivo cumprimento das regras constitucionais que vedam o **exercício de atividade político-partidária e de outras funções públicas** por membro do Ministério Público.

Sustenta o interessado que a inobservância de tais regras por membros do Ministério Público de alguns Estados da Federação tem ensejado ingerência política que compromete a independência funcional da instituição. Distribuído o pedido de providências a este relator, atendidos que foram os requisitos estabelecidos no art. 120, parágrafo único, do Regimento Interno deste Conselho, solicitei, na sessão do dia 5 de setembro do corrente ano, a inclusão do processo na pauta de julgamento da sessão do dia 6 de outubro de 2005, exatamente como determina o art. 122 do mesmo Regimento.

Proferido o voto do relator, pediu vista o Conselheiro Paulo Prata.

Na sessão do dia 7 de novembro de 2005 foi adiado o julgamento.

Em 21 de novembro de 2005, o Conselheiro Paulo Prata proferiu seu voto de vista, quanto ao primeiro tema envolvido nos autos (exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público).

O Conselheiro Saint'Clair suscitou preliminar de incompetência do Conselho para normatização da matéria. A preliminar foi rejeitada, por maioria, vencido o Conselheiro Saint'Clair.

Ato contínuo, foram colhidos os votos dos demais Conselheiros, quanto ao mérito (primeiro tema), restando vitoriosa a divergência, vencidos os Conselheiros Hugo Melo Filho, Ricardo Mandarin, Luís Carlos Madeira, Alberto Machado Cascais, Ivana Auxiliadora e Janice Ascari.

No dia 5 de dezembro foi adiado o julgamento.

No dia 30 de janeiro de 2006, foram colhidos os votos quanto ao segundo tema (afastamento para exercícios de cargos fora do Ministério Público). O Conselheiro Saint'Clair pediu vista.

Na sessão de 6 de fevereiro, o Conselheiro Saint'Clair pediu prorrogação de vista. O mesmo ocorreu na sessão de 2 de fevereiro.

O Conselheiro Saint'Clair não compareceu à sessão de 6 de março.

Requeri, com fundamento do Regimento Interno, que fosse desconsiderado o pedido de vista e requisitados os autos, para prosseguimento do julgamento.

O Conselheiro Saint'Clair não compareceu à sessão do dia 20 de março. O Presidente deu prosseguimento ao julgamento, colhendo o voto do Conselheiro Luís Carlos Madeira e proferiu o resultado.

É o relatório.

## VOTO

O pedido de providências se desdobra em dois aspectos distintos: a atividade político-partidária e o exercício de outras funções públicas. Cumpre sejam examinadas tais questões separadamente.

### **Do exercício de atividade político-partidária por membros do Ministério Público**

Na sessão do dia 6 de outubro de 2005, quanto à matéria em epígrafe, sustentei as seguintes posições:

*“A pesquisa da evolução constitucional da matéria leva à constatação de que os membros do Ministério público, diferentemente dos magistrados, que desde a Carta Política de 1934 são proibidos de exercer atividade político-partidária, jamais sofreram tal restrição, antes de 1988. De reverso, estavam a isso autorizados, por lei. Enquanto a Lei nº 1.341/50, que organizou o Ministério Público da União, a admitia tacitamente (art. 20), a Lei Complementar nº 40/81, que estabeleceu normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos estaduais, em seu artigo 42, I, expressamente autorizava promotores e Procuradores de Justiça a “exercerem cargo eletivo ou a ele concorrer”.*

*A vedação imposta pela Constituição de Outubro (artigo 128, § 5.º, II, e), a rigor, não resultou em empecilho à atividade política dos integrantes do Parquet. Criou, na verdade, relativa incompatibilidade entre o exercício das funções ministeriais e atividades partidárias, ao autorizar o estabelecimento de exceções à regra, pela norma infraconstitucional.*

*Em face do preceptivo constitucional, a Lei n.º 8.625/93, em seu artigo 44, V, expressamente ressalvou da proibição o afastamento para filiação a partido político e “exceções previstas em lei”. Já a Lei Complementar n.º 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, no artigo 237, V, excetuou da vedação “a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer”.*

*Apreciando a compatibilização destas regras com o Texto Constitucional, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição aos dispositivos antes referidos, para firmar o entendimento de que a filiação partidária e a disputa de cargos eletivos eram facultadas aos membros do Ministério Público, desde que se afastassem de suas funções institucionais, conforme revela a ementa a seguir transcrita:*

*“Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Artigo 80 e a expressão “ressalvada a filiação”, constante do inciso V, do art. 237, da Lei Complementar no 75, de 25 de maio de 1993. 3. Dispositivos que permitem a filiação de membros do Ministério Público a partido político.*

4. Alegação de incompatibilidade das normas aludidas, quanto à filiação partidária, com o art. 128, § 5º, inciso II, letra “e”, da Constituição. 5. Ação julgada procedente, em parte, para, sem redução de texto, dar a) ao art. 237, inciso V, da Lei Complementar federal nº 75/93, de 20/5/93, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a filiação partidária de membro do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei, e b) ao art. 80 da Lei Complementar federal nº 75/93, interpretação conforme à Constituição, para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária, antes de reassumir essas funções, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão dois anos após o cancelamento da filiação político-partidária” (ADI 1371-8, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 2.10.03).

Nesse sentido, também, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.377-DF, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti (redator p/acórdão, Ministro Nelson Jobim), na mesma sessão plenária, *in verbis* (DJ de 15.6.98):

*“O Tribunal, por votação majoritária, julgou parcialmente procedente a Ação Direta, para, sem redução de texto, conferir, ao inciso V do art. 44 da Lei nº 8.625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) interpretação conforme a Constituição, definindo como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária de representante do Ministério Público dos Estados-membros, se realizada nas hipóteses de afastamento, do integrante do Parquet de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei.”*

Outra não foi a orientação do Excelso Pretório no julgamento da ADI 2084-6/SP:

*O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente o pedido formulado na inicial para emprestar interpretação conforme à Constituição ao inciso V do artigo 170 da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo, segundo a qual a filiação partidária de representante do Ministério Público do Estado-membro somente pode ocorrer na hipótese de afastamento de Promotor ou Procurador de Justiça de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Relativamente ao parágrafo único do art. 170, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente, em parte, o pedido formulado, para emprestar interpretação conforme à Constituição, segundo a qual o exercício de*

*cargo ou função de confiança na Administração Superior, diz respeito à Administração do Ministério Público (...). (Plenário, Rel. Min, Ilmar Galvão, DJ 14.9.01).*

A Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, promoveu significativa alteração na regra. A atual redação do dispositivo ora examinado já não admite que a norma infraconstitucional indique hipóteses que excepcionem a vedação fixada, que se impõe, agora, de forma absoluta. O propósito, à toda evidência, foi o de equiparação dos membros do Ministério Público aos magistrados, tanto no que concerne às garantias quanto no que respeita as vedações. Com efeito, basta que se observem a novel redação do § 4º do artigo 129, ampliando as garantias anteriormente consagradas, e o § 6º do artigo 128, que traz vedação idêntica àquela imposta à magistratura, a denominada quarentena para o exercício da advocacia, além do ora examinado § 5º, inciso II, e, do artigo 128.

Na opinião de Nicolao Dino (*in* DINO, Flávio, MELO FILHO, Hugo *et alli*. Reforma do Judiciário: comentários a Emenda Constitucional n.º 45/2004. Niterói: Impetus, 2005, pp. 234-237), *“a proibição de exercer atividade político partidária esta diretamente relacionada à garantia de liberdade funcional e à conduta imparcial que se exige do membro do Ministério Público. (...) A atuação do membro do Ministério Público não pode ficar sujeita às diretrizes de ação de um partido político — risco real e concreto de uma eventual filiação partidária e do compromisso de fidelidade daí decorrente. (...) A atividade político-partidária pode comprometer a imparcialidade — elemento diverso da neutralidade — porquanto retira do procurador ou do promotor o distanciamento crítico necessário para avaliar, com prudência e responsabilidade, atos da administração pública que eventualmente poderão demandar providências do Ministério Público. Daí a pertinência da vedação ora examinada”*.

*Promulgada a Emenda 45/2004, o Tribunal Superior Eleitoral foi instado a se manifestar sobre o alcance da nova redação, por consulta formulada pelo Deputado Federal Nelson Pellegrino, tombada sob o n° 1.148, classe 5. O entendimento da Corte foi o seguinte:*

*“(...) a questão trazida na presente consulta, e saber como os Promotores de Justiça podem exercer a atividade político-partidária com o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004. (...)*

*Como se pode ver, o texto da Emenda Constitucional n° 45, retirou da alínea “e” a parte que diz, salvo exceções previstas na lei, ou seja, os membros do Ministério Público não se encaixam mais nas exceções previstas na lei, exceções estas que davam aos membros do MP*

*o direito de filiação partidária e o direito de afastar – e para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer, nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Desta forma, entendemos que com o advento da emenda constitucional nº 45, a situação dos membros do Ministério Público da União fica como a dos magistrados, que para dedicar-se a atividade político-partidária, há de desvincular-se definitivamente de suas funções.*

*(...)*

*Desse modo, adotando o parecer da Assessoria Especial e considerando o que já respondido pelo Tribunal na Consulta nº 1.143, respondo que os membros do Ministério Público, por estarem submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, estão dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, de acordo com o art. 12, inciso II, alínea “I” da LC nº 64/90, asseverando ser o prazo de filiação dos membros do Ministério Público o mesmo dos magistrados” (Resolução nº 22.015, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ 3.6.05).*

Não poderia ter sido outra a resposta da Egrégia Corte Superior Eleitoral. O comando constitucional não admite dúvida. O exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público não é mais permitido. Somente com o desligamento definitivo, por aposentadoria ou exoneração, poderão vincular-se a partido político, observadas as regras de desincompatibilização aplicáveis à hipótese, de acordo com a remansosa jurisprudência do TSE. Impõe-se, entretanto, o aprofundamento da análise em relação a três pontos: primeiro, se a vedação alcança os que integravam o Ministério Público antes da publicação da Emenda 45; segundo, se continua sendo assegurado o afastamento para atividade político-partidária àqueles que integravam a carreira antes da Constituição de 1988; terceiro, se os membros do Ministério Público que já cumpriam mandato eletivo em 31 de dezembro de 2004 poderão concluí-los, sem desligamento definitivo da instituição.

O primeiro aspecto foi objeto de consulta (consulta nº 1.143, classe 5), feita ao Tribunal Superior Eleitoral pelo Deputado Federal Severiano Alves, nos seguintes termos: *“No caso de Promotores de Justiça que tiveram ingresso na carreira em data anterior à promulgação da referida Emenda, esses podem exercer atividades político-partidárias, filiando-se a Partidos Políticos?”*

*OTRE não conheceu da consulta, acompanhando o voto do Relator, Ministro Luís Carlos Madeira, que hoje abrilhanta este Conselho Superior, “por tratar-se de questão ligada à matéria constitucional, o que escapa à competência da Justiça Eleitoral e que, portanto, não pode ser objeto de consulta”.*

1 Após proferido o voto, tomou conhecimento o relator de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tomada na consulta n.º 1.153-DF, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, que corrobora a posição aqui adotada e

*Nenhum óbice haverá, todavia, à apreciação da matéria na órbita administrativa, razão pela qual avanço em seu exame. Parece-me que a resposta à questão há de ser negativa. Diferentemente do que fez o Constituinte de 1987/1988 no art. 29, § 3º do Ato das Disposições Transitórias, o reformador de 2004 não ressalvou da vedação os que integravam o Parquet quando da promulgação da Emenda nº 45.*

*Há muito, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, podendo a lei nova, quanto mais a Constituição, ao criar direito novo, estabelecer exigência ou vedação não existente no regime anterior.*

*Veja-se o que diz, a propósito, Nicolao Dino (op. cit., p.237):*

*“Observe-se, em princípio, a impossibilidade de invocar-se direito adquirido para aqueles que ingressaram na carreira antes da publicação da Emenda. É que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (RE nº 409.846/Agr/DF, Rel. Min. Ellen Gracie; RE nº 241.884/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE nº 255.328/ED/CE, Rel. Min. Ellen Gracie; RE nº 346.655/PR, Rel. Min. Moreira Alves). A vedação seria imediata e ilimitada”.*

Registro que o quadro produzido pela Emenda 45 poderá ser alterado. A Proposta de Emenda Constitucional nº 358/05 — na verdade, a parte da chamada Reforma do Judiciário que, aprovada no Senado, retornou à Câmara — fixa, em seu artigo 5º, norma transitória semelhante a do artigo 29, § 3º do ADCT, para permitir que o membro do Ministério Público admitido antes de sua promulgação exerça atividade político-partidária, nos termos da lei.

Assim, desde 31 de dezembro de 2004 e até que seja — e se for — promulgada emenda resultante da PEC mencionada, os membros do Ministério Público, mesmo os que já integravam o *Parquet*, estão impedidos de exercer atividade político-partidária.

Penso que a proibição alcança, inclusive, e aqui passo ao exame do segundo ponto, os veteranos promotores e procuradores, pertencentes aos quadros do Ministério Público em 5 de outubro de 1988, mesmo os que optaram pelo regime vigente sob a égide da Carta Política anterior.

Como ensina José Afonso da Silva (*in* Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1982, pp. 189 ss):

foi ementada nos seguintes termos:

“(…) MINISTÉRIO PÚBLICO - ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA — ALÍNEA “e” DO INCISO II DO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 45/2004 — APLICAÇÃO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todas aquelas que o integram, pouco importando a data de ingresso.”

*“As normas das disposições transitórias fazem parte integrante da Constituição. Tendo sido elaboradas e promulgadas pelo constituinte, revestem-se do mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição. Mas seu caráter transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação no futuro.”*

Nos termos do art. 281, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, que se aplica ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, os integrantes do *Parquet* à época da promulgação da Constituição de 1988 puderam exercer, até o dia 21.5.1995 a opção pelo regime anterior a que se refere o art. 29, § 3º, do ADCT. Os que assim procederam, mantiveram a faculdade de se afastar das funções institucionais, para exercício de atividade político-partidária. A meu ver, findo o prazo para a opção, em 21 de maio de 1995, a norma transitória se esgotou, não podendo mais ter aplicação para fatos futuros.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, nova regra foi fixada, eliminando a possibilidade de exercício de atividades político-partidárias. A preservação do direito dos membros do Ministério Público nomeados antes de outubro de 1988 dependeria de nova regra transitória (como a do art. 5º da PEC 358/05, já mencionada), simplesmente porque a regra transitória do § 3º, do art. 29 do ADCT já se exaurira e, como visto, não há falar em direito adquirido a regime jurídico. Como tal regra não foi providenciada, o novo texto alcança todos os integrantes do *Parquet*, indistintamente.

Por fim, enfrente o problema dos membros do Ministério Público que exerciam cargos eletivos em 31.12.04 ou ainda os exerçam.

À época da eleição, o Texto Constitucional autorizava o afastamento para a candidatura e, naturalmente, para o exercício do mandato. Qual seria, aqui, o efeito da alteração constitucional?

Nos termos do art. 1º da Constituição, a República tem a soberania e a cidadania como fundamentos. Por outro lado, estatui o parágrafo único do mesmo artigo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Os membros do Ministério Público eleitos nos pleitos de 2002 (governadores, senadores, deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais) e de 2004 (prefeitos e vereadores) estavam autorizados, por lei, a exercer atividade político-partidária, filiando-se a partidos políticos e concorrendo a cargos eletivos. A escolha que sobre eles recaiu é expressão da soberania popular que, conforme dispõe o art. 14 de nossa Carta Política, e exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto,



com igual valor para todos.

Admitir que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº 45/2004 alcance as situações regularmente consolidadas pela via do exercício da soberania popular seria, na perspectiva da cidadania brasileira, negar observância a valor fundamental da República. E sob o ângulo de visada dos membros do Ministério Público, corresponderia a cassação dos seus mandatos.

Não se está afirmando aqui direito absoluto ao mandato conquistado nas urnas. Mas as hipóteses de perda do mandato estão claramente indicadas na Constituição e não admitem, por isso, ampliações. Com efeito, uma vez adquirido pelo voto popular, o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça eleitoral no prazo de 15 dias, contados da diplomação (art. 14, § 10), impugnação que somente poderá estar fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. A razão é óbvia: a vontade popular, em tais casos, restaria viciada.

Além disso, o art. 55 da Lei Maior indica as hipóteses em que os Deputados Federais e Senadores perderão o mandato: quando infringirem as vedações fixadas no art. 54, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar, por ausências reiteradas às sessões legislativas, pela perda ou suspensão dos direitos políticos, observada a regra do art. 15, por decretação da Justiça Eleitoral ou por condenação criminal transitada em julgado, circunstâncias que, *mutatis mutandis*, justificariam a perda do mandato dos demais ocupantes de cargos eletivos.

Por estas razões, parece-me que devam ser preservados os mandatos em curso de membros do Ministério Público.

Por todo o exposto, as conclusões a que chego, nesta primeira parte do exame do pedido de providências, são as seguintes

1. Desde a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, os membros do Ministério Público, a exemplo dos magistrados, estão proibidos de exercer atividade político-partidária.

2. Tal vedação alcança todos os integrantes das carreiras do Ministério Público, mesmo os que nelas ingressaram antes da promulgação da Emenda, uma vez que não podem invocar direito adquirido a regime jurídico.

3. Não estão imunes à vedação os membros do Ministério Público admitidos antes de 5 de outubro de 1998, porque a preservação da faculdade dependeria de nova regra transitória que os excluísse da proibição, já que a regra transitória do § 3º, do art. 29 do ADCT já se exaurira.

4. Admitir que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº 45/2004 alcance as situações regularmente consolidadas pela via do exercício da soberania popular seria negar observância a valor fundamental da República e corresponderia

à cassação dos mandatos conquistados pelos Membros do Ministério Público, quando as hipóteses de perda do mandato estão claramente indicadas na Constituição e não admitem, por isso, ampliações. Por isso devem ser preservados os mandatos em curso.

5. Os membros do Ministério Público que desejarem exercer atividade político-partidária deverão se desligar em definitivo da carreira, por aposentadoria ou exoneração. Nestes casos, o prazo de desincompatibilização será de 6 meses, conforme decidido pelo TSE.

6. Caso aprovada a PEC n°358/05 (art. 5º), os membros do Ministério Público que ingressaram antes da Emenda 45 poderão voltar a exercer atividade político-partidária, nos termos da lei.

Entretanto, a posição deste relator não prevaleceu no Colegiado. Restou majoritário o entendimento do nobre Conselheiro Paulo Prata, que passo a registrar:

### **Atividade Político-Partidária**

Inicialmente, registro que a expressão atividade político-partidária não se restringe, tão-somente, ao exercício de mandato eletivo; contudo, como essa é a situação mais comum, os exemplos serão sempre nesse sentido.

Em relação à regra geral exposta pelo relator na sua conclusão n°1 (*“Desde a publicação da Emenda Constitucional n°45/2004, os membros do Ministério Público, a exemplo dos magistrados, estão proibidos de exercer atividade político-partidária”*), ver-se-á, mais adiante, que ela comporta exceções. Por ora, assinalo apenas que a comparação aos magistrados é desnecessária e pode causar alguma confusão, em razão, justamente, das mencionadas exceções, as quais não previstas para os juízes.

Na conclusão n° 2, explicitou o Conselheiro seu entendimento de que *“Tal vedação alcança todos os integrantes das carreiras do Ministério Público, mesmo os que nelas ingressaram antes da promulgação da Emenda, uma vez que não podem invocar direito adquirido a regime jurídico”*.

Afirmou, ainda, Sua Excelência, na conclusão n° 4, que *“Uma vez que a nova regra se aplica a todos os membros do Ministério Público, indistintamente, também os que exercem mandato eletivo estão proibidos de exercer atividade político-partidária”*. E acrescentou: *“Cuida-se de norma destinada a regular situação jurídica que, embora tenha se aperfeiçoado no passado, irradia efeitos jurídicos para o futuro, assim, aos que foram alcançados no exercício de mandato caberia optar entre o cargo no Ministério Público e o mandato”*. Pois bem.

O artigo 128, § 5º, II, e, da *Lex Fundamental*, cujo texto foi alterado pela Emenda Constitucional 45/2004, veda o exercício de atividade político-partidária por

membros do Ministério Público.

A questão que se coloca a partir da edição de tal norma constitucional e que merece análise é: *quid juris* para os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, estivessem ou não exercendo atividade político-partidária (mais especificamente: mandato eletivo) e para os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a edição da Emenda?

As respostas a tais indagações, conforme se verá, serão diversas. No que concerne aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, é certo que não podem, em nenhuma hipótese, exercer atividade político-partidária.

Por outro lado, quanto aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, discordando do magnífico voto, entendo que não foram abrangidos por aludida vedação, consoante restará demonstrado abaixo.

A análise que farei baseia-se, primordialmente, na seguinte assertiva: não se trata apenas de verificação da possível existência de direito adquirido a regime jurídico, mas também, e principalmente, de harmonização da Emenda nº 45 com as normas constitucionais que cuidam dos direitos políticos. Nesses casos, como ensina o Promotor de Justiça mineiro Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, deve-se ter cautela (Direito Eleitoral Brasileiro, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 318):

O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos, devendo qualquer interpretação em sentido contrário ser restritiva, por força da própria Carta Suprema.

Outra baliza importante a ser considerada é a proibição de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição). Friso, *a priori*, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que tais direitos não são apenas aqueles constantes do art. 5º da Constituição (o Ministro Carlos Velloso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF, referiu-se expressamente aos direitos políticos como pertencentes à categoria de direitos individuais).

Além disso, tal proibição não diz respeito somente a emendas tendentes a abolir os direitos individuais abstratamente considerados, mas também àqueles feridos concretamente, assim como decidiu o Supremo Tribunal na já mencionada Ação Direta nº 939-7/DF, vedando que emenda constitucional excepcionasse a aplicação de garantia individual em situação específica.

Portanto, a vinculação do estudo da situação ora em análise apenas à existência de direito adquirido a regime jurídico deixa de lado um fator de extrema importância:

a perda de direitos políticos passivos (direto de ser votado) de toda uma classe que os possuía, pois, na redação, anterior do dispositivo constitucional alterado, os membros do Ministério Público estavam proibidos de exercer atividade político-partidária, salvo nos casos de exceções previstas em lei; daí, sempre se entendeu que o afastamento da carreira, a qualquer título – por exemplo, licença –, gerava a possibilidade de candidatura a cargo eletivo.

Nesse sentido, fixadas as balizas interpretativas e entendendo-se que a solução do problema diz respeito também à preservação de direitos políticos, deve-se ter em mente o teor do art. 15 da Constituição, que veda a cassação de tais direitos e estipula, taxativamente, os casos de sua perda ou suspensão.

Ora, os membros do MP que ingressaram na carreira antes da Emenda nº 45 eram, na forma da lei, detentores de direitos políticos passivos. Podiam concorrer, portanto, a cargos eletivos, desde que preenchidas certas condições.

Dessa forma, se a perda de direitos políticos é possível somente nos casos expressos no art. 15 da Constituição e se não pode haver emenda constitucional tendente a abolir os direitos individuais, entre os quais se encontram os direitos políticos, a única interpretação possível da proibição de atividade político-partidária por membro do Ministério Público é no sentido de que ela só atinge os que ingressarem na carreira após a Emenda nº 45. Qualquer outra interpretação, a meu ver, será inconstitucional.

E assim é porque a Emenda nº 45 não pode, obviamente, ser vista isoladamente. Para que ocorra uma interpretação conforme a Constituição e que não leve a alguma inconstitucionalidade, os arts. 15 e 60 da CF devem, em conjunto, servir de parâmetros ao intérprete. Prestigia-se, dessa forma, um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno: o princípio da unidade da Constituição. Vale, nesse ponto, transcrever os ensinamentos do mestre Daniel Sarmento, que segue os passos de Alexy:

*“Um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico. Segundo ele, há, dentro do mesmo espaço territorial, uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isto, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais.*

*(...)*

*Mas, se é na **Constituição** que repousa a **unidade da ordem jurídica**, a ideia de unidade **também se projeta sobre ela. Assim, a busca da harmonia entre diferentes ditames constitucionais é uma tarefa que se impõe a qualquer um que pretenda interpretar a Lei Fundamental ou aplicá-la a casos concretos.***

***Sem embargo, trata-se, muitas vezes, de empreitada das mais árduas, uma vez que, nas sociedades pluralistas e democráticas, a diversidade de valores e ideias existentes na sociedade acaba refletida no texto constitucional que acolhe normas potencialmente colidentes.***

Nessa linha, o princípio da unidade da Constituição, nos dizeres de Canotilho, obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. A Corte Constitucional alemã, por sua vez, afirmou que o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição, como unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.

Em outras palavras, o princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior. **Caso a conciliação plena não seja viável, ele deve procurar solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível, buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por elas protegidos.** (in. A ponderação de interesses na Constituição Federal, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 27 e s.) Grifo não original.

Reforça-se, assim, a ideia dos limites à proibição do exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público. Tal vedação não alcança, portanto, todos aqueles que ingressaram na carreira do Ministério Público antes da Emenda Constitucional nº 45, vale dizer, todos aqueles que nela ingressaram antes e depois de 1988 até a data da promulgação de aludida emenda, estivessem ou não exercendo atividade político-partidária.

Insta ressaltar, outrossim, que, em relação aos que na data de promulgação da Emenda nº 45 estivessem exercendo mandato eletivo, outros motivos, além dos já analisados, devem ser tidos em consideração.

A Constituição, logo em seu art. 1º, dispõe que a cidadania é fundamento e princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Isso significa que todo o texto constitucional, inclusive suas alterações, deve ser interpretado sob a luz do princípio fundamental da cidadania.

A conclusão imediata que se tira daí é óbvia: por respeito ao princípio fundamental da cidadania não se pode impor condição nova para o exercício do mandato (opção entre o mandato ou o cargo) a quem foi regularmente eleito, no gozo de seus direitos políticos, como quer o insigne relator (conclusão nº 4, já transcrita anteriormente: “(...) assim, aos que foram alcançados no exercício de mandato caberia optar entre o cargo no Ministério Público e o mandato”).

Essa imposição de escolha entre o cargo de Promotor e o mandato eletivo é, inclusive, uma forma indireta de cassação de direitos políticos, o que é expressamente vedado pelo art. 15 da Constituição. A opção é daquelas que deixam poucas escolhas, uma vez que o cargo de Promotor é o ganha-pão de seus detentores, impedidos que estão de outras atividades. Não se pode crer que se pretendeu uma norma nestes termos: ou há volta ao cargo de Promotor ou há perda do mandato eletivo. Uma imposição com tal carga de persuasão atinge não só os eleitos, mas também os eleitores ferindo a soberania popular e configurando verdadeira cassação arbitrária de direitos políticos, o que é vedado pela Constituição.

Deve-se agora verificar a situação daqueles que ingressaram no Ministério Público antes de 5 de outubro de 1988. Evidentemente, também são eles alcançados pela interpretação já exposta. Além disso, com maior razão, ainda outros fatos os diferenciam.

O relator, nesse aspecto, entendeu que “Não estão imunes à vedação os membros do Ministério Público admitidos antes de 5 de outubro de 1988, porque a preservação da faculdade dependeria de nova regra transitória que os excluísse da proibição, já que a regra transitória do art. 29, § 3º, do ADCT já se exaurira”. Mais uma vez, não comungo com o pensamento do ilustre relator.

Neste ponto, registro, inicialmente, que o relator demonstrou, sabiamente, a dificuldade de interpretação do art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inclusive analisando se a necessidade de opção atingiria somente as vantagens e garantias, ou também as vedações.

De qualquer modo, considerando que a Lei Complementar nº 40/81 permitia o afastamento para o exercício de mandato eletivo ou de outros cargos no seu “Capítulo VI – Dos vencimentos, Vantagens e Direitos dos Membros do Ministério Público”, não há como negar que a opção é necessária para tanto, pois, para a antiga Lei Orgânica, não se trata somente de matéria ligada a eventual vedação, mas também às vantagens e direitos.

Ressalto, também, antes de verificar qual a solução jurídica para o aparente conflito de normas, que os membros dos Ministérios Públicos estaduais poderão fazer a opção pelo regime anterior a qualquer tempo, salvo disposição em contrário nas respectivas Leis Orgânicas, uma vez que a Constituição e a Lei nº 8.625/93 não estabeleceram uma data limite, ao contrário do que ocorre em relação aos membros do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93, art. 281). É o que ensina o Promotor de Justiça carioca Emerson Garcia (“Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 493):

*O art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao contemplar a possibilidade de opção pelo regime jurídico anterior; silenciou quanto a uma possível retratação. No âmbito infraconstitucional, enquanto a Lei Orgânica Nacional permaneceu igualmente silente, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 281, parágrafo único, dispôs que “a opção poderá ser exercida dentro de dois anos, contados da promulgação desta Lei Complementar, podendo a retratação ser feita no prazo de dez anos. Especificamente em relação à opção, salvo disposição em contrário na legislação estadual, poderá ela ser feita a todo tempo.*

Pois bem. Feita a opção ou podendo ela ser feita a qualquer tempo pelos membros dos Ministérios Públicos estaduais, não se pode falar em mudança da situação jurídica pela Emenda nº 45, pois não houve alteração do ato transitório que permite a opção. Em outras palavras: o regime permanece para aqueles que ingressaram na carreira antes de 5 de outubro de 1988, não podendo essa situação ser alcançada pelas recentes mudanças constitucionais, uma vez que, ainda que transitória, a norma do art. 29, § 3º, do ADCT continua gerando efeitos.

Anoto, aliás, que o professor André Ramos Tavares expressamente manifestasse no sentido de que a Emenda nº 45 não prejudicou o alcance do art. 29, § 3º, do ADCT (“Constituição do Brasil Integrada com a Legislação e a Jurisprudência do STF”, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289), e assim também pensa o ilustre integrante do Conselho Nacional de Justiça Alexandre de Moraes (“Direito Constitucional”, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 554):

*Essa nova norma somente não se aplica aos membros do Ministério Público que tenham ingressado na carreira antes da promulgação da Constituição de 1988, desde que façam a opção prevista no art. 29, §3º, ADCT. Nessa hipótese, ao membro do Ministério Público serão permitidas a filiação partidária e candidatura para mandatos eletivos, respeitados os prazos da LC nº 64/90 (prazos de desincompatibilização), bem como quaisquer outras formas de exercício de atividade político-partidária.*

Nesse sentido, também o entendimento do preclaro professor Hugo Nigro Mazzilli ao analisar a vedação imposta pela Emenda nº 45:

*“Quid juris para os membros no Ministério Público que tenham ingressado antes da promulgação da Constituição de 1988, e que tenham optado pelo regime jurídico a ela anterior? Para esses, poderá ser admitido, transitoriamente, o exercício de atividade político-partidária, mas mediante prévio afastamento do cargo, mediante licença, nos termos da lei.*

*É preciso que o interessado cancele sua filiação partidária para reassumir suas funções, quaisquer que sejam, não podendo desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público eleitoral antes de decorridos dois anos do cancelamento da filiação (in. Introdução ao Ministério Público à luz da reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104)."*

Em face do que expus, creio, em suma, que a situação dos empossados antes do advento da Emenda 45 não se alterou. Assim, o art. 5º da Proposta de Emenda Constitucional conhecida como PEC Paralela da Reforma do Judiciário” (já em fase final de análise pelo Congresso Nacional), que ressalva a possibilidade de atividade político-partidária por membro do MP que tenha ingressado na carreira até a promulgação da EC nº 45, apenas torna expressa norma implícita

*Ad argumentandum, na doutrina, já existe quem manifesta esse entendimento, como a Procuradora do Estado do Pará Carolina Ormanes Massoud (“Comentários à PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário”, in “Reforma do Judiciário Comentada”, coordenação de Zeno Veloso e Gustavo Vaz Salgado, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 319):*

*A proteção do direito adquirido, mais uma vez, é repetida neste artigo, pois, caso aprovado o texto da PEC, estar-se-á respeitando o exercício de atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público que a desenvolviam antes da alteração procedida pela EC nº 45 no art. 128, § 5º, inciso II, e, da CF.*

*Com efeito, nele foi vedada essa atividade. A tentativa da PEC é corrigir o que não foi expresso na EC nº 45, em que poderia ter sido previsto tal direito. Ainda assim, entende-se que os membros do MP poderiam fazer valer a norma contida no inciso XXXVI do art. 5º da CF, a justificar a possibilidade, para os empossados antes da EC nº 45, de manter a atividade político-partidária.*

Em relação a todas as exceções apontadas, outro fator a deve ser levado em conta: os tribunais têm dado as mais diversas interpretações quanto à análise do instituto de direito adquirido em relação a regime jurídico, à norma de ordem pública e à emenda constitucional.

O conspícuo relator expressou-se no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, e seu voto baseou-se, principalmente, nesse aspecto da questão; entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu pelo direito adquirido em diversas ocasiões. A professora mineira Maria Coeli Simões Pires demonstra, em sua mais recente obra, a alteração do entendimento do Supremo Tribunal (“Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática”, Belo



Horizonte: Del Rey, 2005, p. 671-2). A lição é longa, mas merece transcrição:

*Noutra vertente, vislumbra-se orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de respeito ao direito adquirido, tendo em vista a prevalência das garantias constitucionais, inadmitindo-se a retroatividade de lei nova que as vulnere, ainda que seja aquela normatividade caracterizada como de ordem pública.*

*Há, nesse sentido, posição de vanguarda do STF sinalizando no sentido do amplo acatamento do direito adquirido pela lei independentemente de sua natureza, tese assentada especialmente a partir do acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves e prolatado na ADIn n. 493 - DF, j. 25.6.1992, DJ 4.9.1992, p. 14089. No referido acórdão, cuida-se, intencionalmente, do locus constitucional de acolhida do direito adquirido, assinalando-se a ausência de qualquer exceção constitucional a justificar tratamento diferenciado para as normas de ordem pública relativamente às garantias de segurança jurídica.*

*Na mesma linha, aparece julgado que assegura ao servidor a regência de sua situação subjetiva pela norma sob cujo regime se configurou, afastando, porém, a aplicação dessa legislação no tocante ao regime de cálculo do benefício pecuniário consequente. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AGRAV - 222007/SP.*

*Em vertente semelhante, a decisão que reconhece direito adquirido a servidor relativamente a vantagem pessoal decorrente de apostilamento. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AGRRE - 184344/SC.*

Ora, se a situação em relação a direito adquirido é confusa, podendo-se perceber alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a tal garantia em face a regime jurídico e à norma de ordem pública, este Conselho, na sua função regulamentar, não pode optar pela interpretação mais restritiva de direitos, principalmente em matéria que atinge o direito de ser votado ou, vale dizer, a própria soberania popular.

A restrição de direitos por este Conselho, de forma administrativa, a meu ver, somente pode ocorrer quando exista norma jurídica expressa e que não traga dúvidas quanto ao seu conteúdo, o que não acontece no caso em análise, conforme demonstram as decisões e citações transcritas. Isso não significa, evidentemente, que não possa haver posterior modificação de entendimento para acompanhar eventual pacificação da doutrina e jurisprudência.

Para que se tenha uma idéia de quantas dúvidas decorrem da nova norma que veda a atividade político-partidária, destaco lição do eminente ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira ("Ministério Público segundo a Constituição da

República Federativa do Brasil”, *in* “Reforma do Judiciário”, coordenação de Pierpaolo Bottini e Sérgio Rabello Tamm Renault, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219):

*Poder-se-á falar em direito adquirido? Há direito adquirido, tratando-se de regime jurídico de servidores públicos? Por outro lado, não se há de respeitar a vontade popular com relação àqueles membros do Ministério Público que exercem mandato eletivo? O melhor será que a resposta a tais indagações e a outras seja dada pelo próprio poder constituinte derivado, mediante edição de norma transitória.*

Havendo dúvidas e interpretações diversas, a restrição de direitos administrativamente, negando direitos que os próprios Tribunais muitas vezes reconhecem, fere a segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito e, portanto, princípio implícito na Constituição. Mais prudente é evitar interpretação que restrinja direitos relativos à própria soberania popular, mormente considerando que a norma transitória a que se refere o colega Aristides Junqueira está prestes a ser aprovada.

Por fim, quanto à conclusão nº 5 do relator, que cuida de prazo de desincompatibilização, creio que não há necessidade de pronunciamento deste Conselho, uma vez que consultas ao Tribunal Superior Eleitoral vêm sendo respondidas sobre o tema, o qual, em princípio, já se encontra suficientemente esclarecido.

Em face exposto, chego às seguintes conclusões quanto ao exercício de atividade<sup>2</sup> político-partidária por membros do Ministério Público:

a) os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária;

b) a vedação do art. 128, § 5º, inciso II, e, da CF, em sua nova redação, não alcança os membros do Ministério Público que integram na carreira antes da promulgação da Emenda, podendo, inclusive, permanecer no exercício de mandato eletivo aqueles que se encontravam em tal situação na referida data.

---

2 Após proferido o voto, tomou conhecimento o relator de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tomada na consulta n.º 1153-DF, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, que corrobora a posição aqui adotada e foi ementada nos seguintes termos:

“(…) MINISTÉRIO PÚBLICO - ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA — ALÍNEA “e” DO INCISO II DO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 45/2004 — APLICAÇÃO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todas aquelas que o integram, pouco importando a data de ingresso.”

## **Do exercício de outras funções públicas por membro do Ministério Público**

A vedação de exercício de outras funções públicas, expressa no artigo 128, § 5º, inciso II, alínea d, da Constituição de 1988 não sofreu alteração com a promulgação da Emenda n.º 45/2004. A rigor, a discussão acerca da possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público para atuar em espaços do serviço público fora da instituição é antiga. Muitos promotores e procuradores têm se afastado para o exercício de cargos no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios. Boa parte deles teve impugnados os seus afastamentos, algumas vezes pelo próprio *Parquet*. A matéria é controvertida e merece aprofundado exame.

A proibição de exercício, por membros do Ministério Público, de outras funções públicas não foi providência original do constituinte de 1988. Na verdade, a Carta de 1934, em seu artigo 97, prescrevia que “os chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo”. Assim, a vedação que se impôs à magistratura, naquele momento — e perdura até hoje — foi estendida, exclusivamente, aos chefes da instituição. As Constituições posteriores, nada acrescentaram a propósito.

A atuação de membros do Ministério Público em relevantes funções públicas sempre foi fato corriqueiro, em nosso país. Os administradores viam, e ainda vêm, na instituição, celeiro de homens públicos tecnicamente preparados e eticamente comprometidos e nunca hesitaram em convocá-los para o exercício das mais elevadas atribuições. Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, Diretorias de estratégicas agências governamentais foram e são ocupados por integrantes da instituição.

Antes de 1988, não havia óbice ao afastamento para o exercício de tais funções públicas. Na verdade, a lei o autorizava, expressamente. Refiro-me ao artigo 42, inciso II, da Lei Complementar n.º 40/81, que indicava, além da hipótese de exercício de cargo eletivo, o de “outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta”. Acontece que a Constituição de 1988 alterou esta situação, no que foi acompanhada, naturalmente, pela legislação de regência.

Nos termos do artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, de nossa Carta Política e vedado ao membro do Ministério Público “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

A Lei Complementar n.º 75/93, em seu artigo 237, inciso IV, limita-se a renovar a disposição constitucional.

Por seu turno, a Lei n.º 8.625/93, no artigo 44, inciso IV, repete o Texto Constitucional, com ressalvas postas no seu parágrafo único, que serão examinadas,

oportunamente.

Vistas as disposições constitucionais e legais, avaliemos os seus efeitos.

A regra geral é evidente: proíbe-se o exercício de qualquer outra função pública pelo membro do Ministério Público, ainda que esteja em disponibilidade, seja voluntária ou de ofício, esta última por extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade.

O que se deve entender pela expressão “qualquer outra função pública” foi suficientemente esclarecido por Pontes de Miranda, ao comentar o dispositivo da Carta de 1967 que estabelecia idêntica vedação aos magistrados, lição que se aplica, sem retoques, hipótese ora sob comento:

*Que e que se há de entender por outra função publica? (...) 'Outra' significa, no texto, função diferente da função judicial, função que pertence ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo, as entidades paraestatais ligadas a um daqueles poderes ou órgãos, excetuadas, portanto, as funções judiciárias, ou que sejam exercidas em virtude do cargo mesmo do juiz (Comentários a Constituição de 1967, t. 3, p. 579 - Citado pelo MP/RJ na Ação Civil Pública nº 2003.001.012112-7)*

Por outro lado, o propósito da regra foi explicitado, com maestria, pelo então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, José Geraldo Brito Filomeno, em razões oferecidas perante o STF, na Suspensão de Execução de Medida Liminar em Mandado de Segurança 11.0 2065-0:

*“Em verdade, a Constituição de 1988 concedeu expressivos direitos aos membros do Ministério Público e, em contrapartida, impôs diversas restrições, com o propósito de afastá-los de outras funções públicas (excetuado, apenas, o Magistério) . Há nesse tema simetria quase perfeita com a Magistratura: o art. 128, inciso II, d da atual Constituição Federal – no qual foi acolhida essa vedação – corresponde ao artigo 95, parágrafo único, inciso I, da mesma Carta Política, que se filia, como se sabe, a longa tradição da República, iniciada com a Constituição de 1934 (art. 65).*

*Essa vedação traduz o específico propósito de impedir que o Poder Executivo mantenha a Magistratura e o Ministério Público em torno de si, ainda que para Comissões de importância política ou econômica. É inegável que, segundo lúcida advertência da doutrina, essa regra coíbe os deletérios efeitos que os interesses partidários e as seduções do poder tendem a acarretar para as organizações judiciárias e para os agentes encarregados de fiscalizar o exercício da autoridade pública, com reflexo na isenção que deles é exigível (...).” (Documento*

Assim, o problema está em se definir se há e quais são as exceções à regra.

Exceção expressa se encontra no mesmo dispositivo da Constituição poderá o membro do Ministério Público exercer o magistério público, limitada a permissão a um único vínculo. A possibilidade de se vincular a estabelecimentos privados de ensino, bem assim os limites dessa atuação, é questão polêmica e preocupante, que, embora fuja aos limites deste pedido de providências, merecerá, por sua gravidade, as atenções deste Conselho, brevemente.

A segunda, seria a exclusão da regra dos membros do Ministério Público que foram admitidos antes da Constituição de 1988, tendo em vista a disposição do art. 29, § 3º do ADCT. Neste sentido, inclinam-se Uadi Bulos, Hugo Nigro Mazzilli, Nicolao Dino, entre outros. Há quem pense diferente.

Registro o teor da norma de transição, para melhor compreensão da hipótese. Assim dispõe:

*Art. 29.*

*(...)*

*§ 3º. Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.*

Há alguns meses, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Sergipe promoveu ação civil pública em face do Estado de Sergipe postulando a determinação de exoneração do Secretário de Segurança Pública daquele Estado, membro do Ministério Público sergipano (decisão divulgada no Sítio [www.conjus.com.br](http://www.conjus.com.br), em 6.5.05).

A tese sustentada - e acatada pelo juízo — foi a de que o § 30, do art. 29, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal vigente, permite, tão somente, aos membros do Ministério Público, ingressos na Instituição antes da promulgação do atual Estatuto Fundamental optar pelas vantagens e garantias precedentes a ela. A opção não alcançaria as vedações estabelecidas pela nova ordem constitucional, porque, em relação a elas, a regra seria a de observância da “situação jurídica na data desta”.

Nos autos da referida ação foi discutido, especialmente, o significado da

expressão “situação jurídica”. Conforme relatou o juiz Edmilson da Silva Pimenta, da 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe,

*“no entendimento da OAB/SE, arrimada na decisão do STF [RE 127.246-5/DF, Relator Min. Moreira Alves], a expressão situação jurídica refere-se apenas àquelas hipóteses em que se encontravam os membros do Ministério Público no momento da promulgação da Constituição, como os Secretários de Segurança Pública que já estivessem no cargo naquela ocasião”.*

*“Assim, uma vez exonerado da função por qualquer razão, já não pode a ela retornar, por força da proibição constitucional do exercício de cargos ou funções públicas, determinada pelo artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “d” da Carta Magna”.*

O Estado de Sergipe defendeu interpretação diferente, afirmando que,

*“contrariamente ao que entende o Conselho autor, a exegese que viabiliza utilidade jurídica à referida regra e a que proporciona uma diferença plena – e, portanto, perene – de regime jurídico aos que formularam a opção já descrita.”*

*“Os integrantes do Ministério Público, ao tempo da edição da Carta Federal, não ostentavam tal vedação nos termos como hoje postos, porque assim desejava seu regime jurídico. A Constituição então vigente remetia o tema para a legislação infraconstitucional (...), Lei Complementar nº 40, de 1981 (...).”*

A Lei Complementar nº 40/81, como já registrei, autorizava (art. 42, II) o afastamento do membro do Ministério Público para “exercer outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta”.

Em arremate, diz o Estado de Sergipe:

*“Assim, aqueles veteranos do Parquet, ao optarem por permanecer sob tal sistemática, levaram consigo, futuro adiante, durante a atividade, o direito de afastar-se para exercer outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta (...). Sob outra perspectiva: adquiriram, sob permissão da própria à Ordem Constitucional, isenção quanto à vedação que sobreveio.”*

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a melhor exegese para o § 3.º do art. 29, do ADCT, ao julgar o RE nº 127246/DF, cuja decisão foi emendada como abaixo transcrito:

*“Recurso contra diplomação de Prefeito sob alegação de ocorrência de vedação constitucional (artigos 128, par. § 5º, II, “e”, e 130 da Carta Magna) por ser o candidato eleito membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Interpretação do artigo 29, § 3º, do ADCT da Constituição Federal.** Ao contrário do que ocorre com os juízes em geral, cujo exercício da atividade político-partidária é vedada absolutamente, por incapacidade insista à função mesma de juiz, o mesmo não sucede com os membros do Ministério Público, certo como e que a vedação que o artigo 128, II, “e”, lhes impõe admite, por força mesma do texto constitucional, que a lei ordinária lhe abra exceções, o que, evidentemente, só é admissível quando não há incompatibilidade absoluta entre o exercício da função pública e o da atividade político-partidária, mas, apenas, conveniência para o desempenho daquela. Em se tratando de membro de Ministério Público, a relatividade dessa incompatibilidade é tão frágil que a Constituição não se limitou a admitir uma vedação excepcionável por lei, mas a tornou ainda mais tênue com o disposto no § 3º do artigo 29 do ADCT o qual reza: **“Poderá optar pelo regime anterior no que diz respeito às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto as vedações, a situação jurídica na data desta”.** A única exegese admissível para dar sentido plausível a essa frase final desse parágrafo será a de considerar que, independentemente da opção, quanto as vantagens e as garantias a que alude a parte inicial do dispositivo, as vedações ora criadas, mesmo com relação aos que não optaram por vantagens e garantias anteriores que afastem algumas delas ou todas elas, não se aplicam de imediato, mas se devera respeitar a situação jurídica existente no momento da promulgação da Constituição enquanto ela não se extinga por força mesmo do ato inicial de que resultou. Recurso extraordinário não conhecido (Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.96)”. Grifei.*

Parece-me evidente que o STF interpretou o dispositivo como norma atenuadora das vedações impostas aos membros do Ministério Público, fazendo, inclusive, uma comparação com os magistrados. Além disso, afirmou, de forma clara, que a situação jurídica existente no momento da promulgação deveria ser respeitada.

De mais a mais, não custa registrar que a possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público para exercer cargo se encontrava no Capítulo VI da Lei Complementar 40/81, “Dos vencimentos, vantagens e direitos”. Logo, independentemente de qual seja o significado da expressão “situação jurídica”, como elemento definidor das vedações, tratando-se o afastamento para exercício de função pública de direito consagrado no regime anterior, não cabe discussão quanto à possibilidade de sua conservação, desde que manifestada a opção a que faz referência

a norma constitucional transitória, no prazo do art. 281, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93.

Observo que, aqui, não se aplica o raciocínio adotado para a vedação do exercício de atividade político-partidária. É que a conservação do direito de afastamento para exercício de outra função pública não foi abalada por nova alteração do regime, no particular. Como já mencionado, a Emenda nº 45/04 não promoveu mudança no texto do art. 128, § 5º, inciso II, linha “d”, da Constituição.

Naturalmente, em qualquer caso o afastamento dependerá de autorização do Chefe do Ministério Público, ouvido o seu Conselho Superior, e somente será deferido para exercício de cargo, emprego ou função de nível equivalente ou maior na Administração Direta ou Indireta, conforme disposto no art. 75 da Lei nº 8.625/93.

Anoto que há quem vislumbre no inciso IX do artigo 129 da Constituição autorização para o exercício de outras funções públicas por integrantes do *Parquet*.

Ora, o referido dispositivo acrescenta ao rol das funções institucionais do Ministério Público a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”. Em tais hipóteses, “e o próprio Ministério Público que participa, enquanto instituição”, atuando o Promotor ou Procurador como “representante do *Parquet*, e em virtude de seu cargo”. Não haveria, aqui, por óbvio, afastamento das funções institucionais e “a ‘participação’ do representante do Ministério Público no “organismo estatal”, não constituiria “outra função pública” (vedada pela Constituição), mas sim uma “função institucional, inerente ao Ministério Público, ainda que exercida de forma atípica, fora da instituição” (MP/RJ Ação Civil Pública 2003.001.012112-7).

E é nessa perspectiva que devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, C, da Lei nº 8.625/93, e 6.º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n.º 75/93.

Em suma, a participação do Ministério Público em agências governamentais que tenham atribuições correlatas as funções da instituição, ou mesmo nos órgãos colegiados estatais constituídos para defesa de direitos e interesses à sua atuação relacionados, não pode determinar o afastamento do membro designado para representá-lo. Antes, impõe-se esteja o designado no regular exercício de suas funções institucionais. Não haverá, assim, exercício de outra função pública, senão da função ministerial.

Desnecessário será dizer que, nesses casos, o membro do Ministério Público não poderá ocupar cargo, emprego ou função no organismo para o qual foi designado, o que e expressamente proibido, como visto.

Por fim, examino as exceções fixadas por leis orgânicas estaduais, na esteira



do parágrafo único do artigo 44 da Lei n.9 8.625/93, que assim dispõe:

*“Parágrafo único. Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos a área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares.”*

Em alguns Estados da Federação, as respectivas leis orgânicas do Ministério Público autorizaram, com base no dispositivo acima transcrito, o afastamento de seus membros para exercício de cargos de Ministro, Secretário de Estado, além de outros cargos de escalão inferior.

Hugo Nigro Mazzilli, na festejada obra *Regimento Jurídico do Ministério Público* (São Paulo: Saraiva), assim se manifesta sobre o tema:

*“Constituí, pois, vedação constitucional que o membro do Ministério Público exerça outra função pública, exceto uma de magistério. Entretanto, a LONMP ainda procurou admitir a participação do Ministério Público em organismos estatais. Ora a lei não pode impunemente negar a natureza das coisas. (...)”*

*Em suma, a Constituição é bem clara ao vedar que o membro do Ministério público exerça qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.*

*Veda-lhe, pois, até mesmo a participação em comissões ou conselhos federais, estaduais ou municipais.” Citado pelo MP/RJ na Ação Civil Pública nº 2003.001.012112-7*

*Data venia* do entendimento do insigne professor, penso que a LONMP não pretendeu contrariar regra expressa da Constituição Federal, criando exceções à vedação de exercício de funções públicas pelo membro do Ministério Público.

A expressão “atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público” deve ser interpretada na mesma linha do que afirmei quanto ao permissivo do art. 129, inciso IX, da Constituição, com o que haverá perfeita harmonia com a vedação constitucional. A atuação em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público não poderá configurar o exercício de outra função pública, porque ou dar-se-á pelo exercício do magistério em entidade que integra a própria estrutura do Ministério Público, ou o centro será instituição privada. As entidades de representação de classe são pessoas jurídicas de direito privado e o desenvolvimento de atividades em sua órbita não pode ser tomado por exercício de função pública. Por último, “o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares” é hipótese admitida por tranquila jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, como demonstrarei adiante.

Na verdade, ao autorizarem o afastamento para exercício de outros cargos, as leis estaduais extrapolam os limites fixados pela LONMP e pela Constituição.

Diferentemente do que fez, em seu texto primitivo, a alínea “e”, do inciso II, do § 5º, do art. 128 da Carta de 1988, a alínea “d” não autorizou a lei a estabelecer exceções à vedação de acumulação de funções públicas. De modo que a lei estadual não pode dispor de outro modo, no que concerne às vedações, para, mitigando-as, permitir o que a Constituição proibiu.

Não foi por outra razão que O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, julgando a constitucionalidade de dispositivos de Leis Orgânicas Estaduais, declarou a prevalência da proibição constitucional, para limitar a atuação de promotores e procuradores de Justiça ao exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior do próprio Ministério Público.

Assim ocorreu por ocasião do julgamento da ADI 2.084-6 (DJ 28.4.00), sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, e, especialmente, no deferimento de medida cautelar na ADI 2534-1/MG, suspendendo a eficácia do inciso II do art. 142 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que permitia o afastamento de membro do Ministério público para exercer cargo de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato, entendendo-o inadmissível, porque *“o afastamento de membro do Parquet para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público”* (Pleno, Rel. Maurício Corrêa, DJ 13.6.03).

Tudo porque, como afirmou o Ministro Celso de Melo, em voto proferido na ADI 789-DF (DJ 26.2.93):

*“O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa Instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delinea-se como fator de certeza quanto a efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem jurídica.”*

Com amparo na argumentação desenvolvida, quanto a este tópico impõem-se as seguintes conclusões:

1. Os membros do Ministério Público foram proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

2. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

3. O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, alínea “c”, da Lei n.º 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 75/93.

4. O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, nem poderia, em face da vedação constitucional. Ao autorizarem o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas, as leis orgânicas estaduais contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, voto no sentido de que este Conselho expeça ato regulamentar explicitando o alcance das vedações constitucionais objeto de exame, nos termos das conclusões apontadas neste voto, para imediato cumprimento pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, tendo em vista a competência fixada no artigo 13º—A, § 2.º e inciso I da Constituição da República.

Brasília, 20 de março de 2006.

**HUGO CAVALCANTI MELO FILHO**

Relator

## **RESOLUÇÃO Nº 5, de 2006**

*Disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional.*

O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição da República e com arrimo no art. 19 do seu Regimento Interno, conforme decisão plenária tomada em sessão realizada nesta data;

CONSIDERANDO as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no § 5º, inciso II, e, à do artigo 128 da Constituição da República.

CONSIDERANDO o teor do § 5º, inciso II, alínea “d”, do art. 128 da Constituição de 1988, em sua redação original.

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer parâmetros definitivos para O exercício de atividade político-partidária e de qualquer outro cargo público por membro do Ministério Público Nacional.

### **RESOLVE:**

Art. 1º Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda nº 45/2004.

Art. 2º Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Parágrafo único. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

Art. 3º O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, c, da Lei nº 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2.º à da Lei Complementar n.º 75/93.

Art. 4º O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente.

Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Os membros do Ministério Público afastados para exercício de cargo público que não se enquadrem na hipótese do parágrafo único do art. 2º deverão retornar aos órgãos de origem, no prazo de 90 dias.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de março 2006.

**ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA**

Presidente do CNMP