

AFASTAMENTO DO CARGO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES PÚBLICAS.

PROCESSO Nº 0.00.000.000295/2011-85

RELATORA: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

**PROPONENTES: CONSELHEIROS CLAUDIA MARIA DE FREITAS
CHAGAS E CLÁUDIO BARROS DA SILVA**

OBJETO: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 5

EMENTA

Com a revogação dos arts. 2º, 3º e 4º. Possibilidade de afastamento de membro do Ministério Público que ingressou na carreira após a CF/88 para exercício de cargo público.

1. Interpretação sistemática do art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” e do art. 129, inciso IX, da Constituição Federal. Não há vedação para que o membro exerça outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem, pois o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público. É possível o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

2. A autorização para o exercício de outro cargo aos membros que ingressaram antes de 05.10.88 e a vedação para os que ingressaram após tal data fere o princípio da igualdade. Discriminação sem fundamento razoável.

3. Existência de forte controvérsia e interpretações diversas na doutrina. Possibilidade de futura alteração na compreensão do tema, tanto no âmbito judicial quanto na doutrina. Inconveniência da edição de ato normativo que restringe direitos em questão de interpretação polêmica.

4. A concessão ou denegação de afastamento de membro para exercício de outra função pública é passível de revisão por este Conselho, no exercício de sua competência de controle administrativo, ou pelo Poder Judiciário. Análise a ser feita caso a caso, diante de alegação de violação à ordem jurídica, sendo desaconselhável a manutenção da norma regulamentar.

5. Revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2011.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, o Conselho, por maioria, decidiu pela revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05/2006, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Almino Afonso e Mario Bonsaglia que decidiam por manter a resolução na sua integralidade e os Conselheiros Adilson Gurgel e Taís Ferraz que decidiam pela revogação do referido ato normativo.

Brasília, 15 de junho de 2011.

CLAUDIA CHAGAS

Relatora

RELATÓRIO

Na sessão de 22 de fevereiro do corrente ano foram apresentados dois projetos de alteração da Resolução CNMP 5, a qual disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional.

Ambas as propostas estão restritas à questão da possibilidade de membro do Ministério Público ocupar cargo público fora da carreira.

É o seguinte o teor da primeira proposta, de autoria desta Relatora:

RESOLUÇÃO Nº , de 2011

Revoga os arts. 2º a 4º da Resolução CNMP nº 5/2006, de 20 de março de 2006.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição Federal e, com fundamento no art. 19 de seu Regimento Interno, conforme decisão plenária tomada em sessão realizada nesta data;

CONSIDERANDO que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” e art. 129, inciso IX, da Constituição Federal tem gerado interpretações diversas, dentre as quais a que entende ser possível o afastamento do membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público;

CONSIDERANDO que não é conveniente a expedição de ato regulamentar restritivo de

direito em matéria controvertida, merecendo a matéria uma discussão mais aprofundada;

CONSIDERANDO a possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial bem como deste CNMP diante da análise de novos argumentos;

RESOLVE

Art. 1º. Ficam revogados os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05/2006, de 20 de março de 2006.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O segundo projeto de Resolução, da autoria do i. Conselheiro Claudio Barros, tem o texto que se segue:

RESOLUÇÃO Nº , de 2011

Altera a Resolução nº 5, de 20 de março de 2006.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição da República, e pelo artigo 19 do Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária tomada em sessão realizada nesta data;

RESOLVE:

Art. 1º O art. 3º da Resolução nº 5, de 20 de março de 2006, passa a vigor com a seguinte redação:

“Art. 3º Os membros do Ministério Público poderão exercer outras funções compatíveis com a finalidade da instituição, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º São compatíveis, para os fins do caput, as funções relativas à promoção da justiça, dos direitos humanos, da cidadania e da segurança pública, bem como à fiscalização e ao controle da gestão administrativa e financeira do Estado, exercidas nas esferas federal e estadual, em cargo de status equivalente ao de membro do Ministério Público.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público exercerá o controle das compatibilidades temáticas e hierárquicas, previstas no §1º.

§ 3º O afastamento de membro do Ministério Público é de comunicação compulsória à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo improrrogável de cinco dias, contados da data de publicação do ato do Procurador-Geral.”

Art. 2º *São revogados os arts. 4º e 5º da Resolução nº 5, de 20 de março de 2006.*

Decorrido o prazo regimental, estão as propostas aptas para a apreciação deste colegiado.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente cumpre destacar que as duas propostas apresentadas consideram possível o afastamento de membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público, diante da observância de requisitos específicos.

O que diferencia os projetos é que o primeiro, de autoria desta Relatora, propõe a revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2006, enquanto o segundo, da autoria do e. Conselheiro Cláudio Barros, altera a redação dos arts. 2º e 3º e a revogação dos arts. 4º e 5º para permitir o exercício de outras funções nas condições que estabelece, bem como criar mecanismo de controle por parte deste CNMP.

Ao apresentar a justificativa para a proposta de revogação de dispositivos da Resolução nº 5/2006 argumentei, em síntese, que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” e art. 129, inciso IX, da Constituição Federal nos leva à conclusão de que não há vedação para que o membro do Ministério Público exerça outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem. De acordo com o e. constitucionalista José Afonso da Silva e parte da doutrina, o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público.

Além disso, ponderei que a Resolução nº 5/2006 viola o princípio da igualdade, pois trata de forma diversa integrantes de uma mesma carreira, deferindo mais direitos a uns do que a outros, sem fundamento razoável para a discriminação. Por fim, ponderei a inconveniência da manutenção de ato regulamentar restringindo direitos em matéria tão controvertida.

No encaminhamento de sua proposta, o i. Conselheiro Cláudio Barros faz considerações sobre a possível contradição entre o artigo 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal, o qual contém a vedação ao membro do Ministério Público do exercício de outra função pública a não ser uma de magistério com o art. 129, inciso IX, da Carta que, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público dispõe que seus membros poderão “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.” Cita, ainda, o entendimento do Professor José Afonso da Silva.

Diante dessa possível contradição de normas constitucionais, entende o e. Conselheiro ser necessária a alteração da Resolução nº 5. Propõe, assim, a alteração do texto da Resolução CNMP nº 5/2006 para que os membros do Ministério Público possam exercer outras funções públicas compatíveis com a finalidade da instituição, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Pretende, ainda, ver declarado por este Conselho quais são as funções compatíveis, elencando as relativas à promoção da justiça, dos direitos humanos, da cidadania e da segurança pública, bem como à fiscalização e ao controle da gestão administrativa e financeira do Estado, exercidas nas esferas federal e estadual, em cargo de status equivalente ao de membro do Ministério Público.

Por fim, entende o autor da proposta que o CNMP deve exercer o controle das compatibilidades temáticas e hierárquicas previstas, propondo que o afastamento de membro do Ministério Público passe a ser de comunicação compulsória à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo improrrogável de cinco dias, contados da data de publicação do ato do Procurador-Geral.

Delimitados os dois projetos existentes, cumpre a este Conselho deliberar se é conveniente a alteração da Resolução nº 5/2006 e, em caso positivo, optar se declara possível o afastamento de membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público e regulamenta a hipótese, ou se apenas revoga os dispositivos que o vedavam, deixando a análise para cada caso concreto.

Após analisar atentamente todos os argumentos e aspectos que envolvem a questão, esta Relatora mantém o entendimento anterior, no sentido de é conveniente a revogação dos dispositivos que hoje regem a matéria (arts. 2º a 4º da Resolução nº 5/2006), pelos fundamentos que se passa a expor.

Das razões para a revogação dos arts. 2º a 4º da Resolução nº 5/2006

A possibilidade de afastamento de membro do Ministério Público que ingressou na carreira após a Constituição de 1988, para ocupar outro cargo público vem, ao longo dos anos, gerando grande controvérsia.

Este Conselho, em 20 de março de 2006, editou a Resolução nº 5, segundo a qual é vedado ao membro que ingressou após a Constituição Federal de 1988 o afastamento da carreira para o exercício de outra função pública. Trata-se de interpretação do art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” da Constituição Federal.

Há, contudo, forte corrente que adota o entendimento oposto, sustentando que o art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” da Constituição Federal deve ser interpretado de forma sistemática, levando em conta o teor do art. 129, inciso IX, da Lei Maior. Assim, não haveria vedação para que o membro exercesse outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem, pois o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público.

Conforme é do conhecimento de todos, o tema já foi objeto de decisões no Supremo Tribunal Federal, embora não tenha havido a apreciação do mérito em todos eles. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2534/MG, 3838/DF, 3839/MT e o MS 26325/DF aguardam julgamento de mérito. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2836/RJ foi julgada improcedente. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2084/SP foi julgada parcialmente procedente. O RE 218.514/RN não foi conhecido. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3298/ES e 3574/SE foram julgadas procedentes em 10.05.07 e 16.05.07 respectivamente (Plenário). Por fim, o Mandado de Segurança 26.595/DF foi denegado em 07.04.10.

Nos três últimos feitos referidos, o Supremo Tribunal Federal manifestou o entendimento segundo o qual apenas os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da Constituição Federal de 1988 podem ter autorizado o seu afastamento para exercer outra função pública fora da instituição. Aos demais só seria permitida a ocupação de cargos na Administração do próprio Ministério Público.

O tema em discussão, portanto, apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é ainda é demasiado controverso, gerando polêmica e interpretações diversas no âmbito administrativo e na doutrina. São, inclusive, recorrentes os pedidos, bem como decisões contraditórias no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A própria Resolução nº 5/2006 é fruto de acalorados debates e inúmeras divergências neste Plenário, em composição anterior, o que demonstra a complexidade da questão e coloca em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria por parte

deste Conselho Nacional.

Assim sendo, considerando a possibilidade de futura alteração na compreensão do tema, tanto no âmbito judicial como administrativo, como é da natureza das questões jurídicas, proponho uma nova reflexão deste Colegiado, à luz de argumentos diversos, bem como a revogação dos arts. 2º a 5º da Resolução nº 5.

A proposta está fundamentada em três aspectos distintos: a interpretação sistemática das normas constitucionais, o princípio da igualdade e a conveniência de normatizar o tema neste CNMP.

1. A interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” e art. 129, inciso IX da Constituição Federal.

A leitura literal do art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, da Constituição Federal, de fato, pode levar a crer que há proibição de que os membros do Ministério Público exerçam outra função pública, salvo uma de magistério. Tal norma encontra-se inserta no rol de vedações aos integrantes da carreira.

Ocorre que análise de tal dispositivo em conjunto com o art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, contudo, leva à conclusão oposta, tendo em vista a previsão do exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Assim, compreende-se que, apesar de ser inadmissível o acúmulo de funções, é possível o exercício de uma função pública por integrante do Ministério Público, após o afastamento da outra, na origem.

Tal interpretação encontra amparo, ainda, na legislação infraconstitucional. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que foi editada na vigência da atual Constituição Federal, em seu art. 44, que contém o rol de vedações aos membros do Ministério Público, declara no parágrafo único que não constitui acumulação a atividade exercida em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público. O art. 53, inciso VI, da mesma lei faz, inclusive, referência à realização de atividade de relevância para a instituição. No mesmo sentido é o texto do art. 170 da Lei Complementar Estadual paulista 734/93.

A interpretação sistemática das normas constitucionais citadas é abordada com muita precisão pelo Professor José Afonso da Silva, em parecer jurídico emitido no Mandado de Segurança 29.144/01, onde se discutia a possibilidade de afastamento do Promotor de Justiça Ronaldo Porto Macedo Junior, integrante do Ministério Público de São Paulo, para exercer o cargo de Conselheiro do CADE (fls. 197/201).

O eminente constitucionalista, ao analisar a matéria, afasta a interpretação

literal do art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d” e propõe sua harmonização com o art. 129, inciso IX, da Constituição Federal. Segundo o autor, a vedação constante do art. 128, § 5º, inciso II, alínea “d”, não é absoluta. A amplitude e os limites do campo de sua atuação só podem ser compreendidos em face de outras normas constitucionais, como o inciso IX do art. 129, que inclui, dentre as funções institucionais do Ministério Público, o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Prossegue José Afonso da Silva:

“Com certeza as funções que aqui se autoriza conferir ao membro do Ministério Público não são as que lhe sejam inerentes, não são as essenciais ao seu mister, não são tipicamente da Instituição. Por que não? Porque a cláusula ‘desde que compatíveis com sua finalidade’ demonstra que não se trata de funções próprias dele nem da Instituição. Se o fossem não teria sentido declarar que elas precisam ser compatíveis com sua finalidade, simplesmente, porque, como é curial, não pode haver funções inerentes, essenciais, típicas do Ministério Público que não sejam compatíveis com sua finalidade. Todas os são, sem necessidade de cláusula que o exprima especialmente. Logo, as funções de que se trata são funções de outra natureza, de outros órgãos, que a Constituição admite que lhe sejam conferidas, com a observância de que sejam compatíveis com as suas finalidades. O modo de conferir essas atribuições será um ato do Procurador Geral da Justiça, segundo definição legal de suas atribuições, geralmente precedido de alguma manifestação do Conselho Superior do Ministério Público.

Pode-se até questionar se essa disposição constitucional está devidamente localizada. Veja-se, ela autoriza o exercício de funções que foram conferidas a membros do Ministério Público, mas, no mesmo passo, estabelece vedações, quer dizer, entre as funções que se podem conferir, não poderão estar as de ‘representação judicial’ e de ‘consultoria jurídica de entidades públicas’, proibições que ou estão já consignadas no inciso II do § 5º do art. 18 ou, se não estão, deveriam estar. Certamente que a vedação de exercer a consultoria jurídica de entidades públicas já se acha configurada na proibição da letra ‘d’ daquele inciso. A vedação de representação judicial não se encontra rigorosamente entre as vedações do citado inc. II, porque não é a mesma coisa que vedação do exercício da advocacia.

4. A partir dessas considerações, pode-se indagar qual a natureza da norma constante do inciso IX do art. 129? É uma norma definidora de funções institucionais do Ministério Público? Essencialmente, já vimos que não, porque se o fosse não haveria por que exigir compatibilidade com suas finalidades. E se ela tem cláusulas vedatórias de funções, elas deveriam estar consignadas no inc. II do art. 128, se já não o estão. Vale dizer, os textos dos inciso II do art. 128 e inciso IX do art. 129 disciplinam uma mesma realidade jurídica, qual

seja o campo das vedações aos membros do Ministério Público e suas exceções. Juntando ambas as disposições no texto do art. 128, inciso II, é lícito ter dele a seguinte compreensão:

Art. 128

§ 5º

II – as seguintes vedações:

a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

b) exercer advocacia e a representação judicial;

c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

e) exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

§ 6º A vedação da alínea 'd' do inciso II do parágrafo anterior não impede que sejam conferidas aos membros do Ministério Público outras funções, desde que sejam compatíveis com as finalidades da Instituição.

5. A forma de dizer pode ser diferente, mas o sentido dos dois textos é rigorosamente esse que se deu acima. Essencialmente foi exatamente o que fez a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, no art. 170, in verbis:

Art. 170 – Aos membros do Ministério Público é vedado:

I- receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II – exercer a advocacia;

III – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;

IV – exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

V – exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.

Parágrafo único – Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público.

Aí está um parágrafo que precisamente dá consequência prática ao disposto no inciso IX do art. 129 da Constituição, com a observação de que a enumeração de situações é meramente exemplificativa. Se esse inciso constitucional autoriza que se confira ao Ministério Público, logo a seus membros, funções outras, desde que compatíveis com suas finalidades, então o texto legal encontra seu arrimo de legitimidade exatamente ali. Há vários exemplos da

aplicação das regras do parágrafo citado.”

Conforme foi dito, portanto, é correto afirmar que a Constituição, no que se refere ao membro do Ministério Público, veda o exercício concomitante de duas ou mais funções públicas, com exceção do magistério, mas não veda o exercício de outra função pública se houver prévio afastamento da instituição, mesmo no que se refere aos membros que ingressaram após a Constituição Federal de 1988.

Ao provocar uma nova análise do tema por este Colegiado, o que se pretende é uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais indicados, buscando-se a unidade do sistema jurídico e não a leitura isolada de textos. É a opção por valorizar e buscar a finalidade da norma, por atribuir-lhe um propósito, reconhecendo que o discurso jurídico não cumpre uma função meramente descritiva, mas também diretiva. O CNMP pode e deve evitar a tendência de atribuir à linguagem uma função meramente descritiva, de buscar em cada termo ou argumento significados fixos e invariáveis ante qualquer situação. O que se propõe é justamente o oposto, é localizar a norma em seu contexto.

Há que se refletir se é de fato razoável e imprescindível ao interesse público compreender-se o Ministério Público como uma instituição que precisa se isolar, que tem medo que seus membros, ao exercerem funções no Poder Executivo, possam se “contaminar” e comprometer a imparcialidade e independência da instituição.

Convites a Promotores e Procuradores para assumir altas funções públicas no Poder Executivo federal ou estadual são corriqueiros. Há muito tempo Presidentes da República, Governadores e Ministros de Estado demonstram confiança nos membros do Ministério Público e solicitam sua colaboração no planejamento e na execução de políticas públicas de grande importância para a sociedade brasileira. Buscam nos integrantes da carreira não só a capacidade técnica, o conhecimento profundo de temas relevantes, mas também a conduta ética que os caracteriza.

Ao autorizar o afastamento de um membro para exercer cargo elevado no Governo Federal ou Estadual, o Ministério Público não está se colocando em uma situação de submissão, de subordinação. De forma contrária, está contribuindo para o aprimoramento das políticas públicas. O membro se afasta e a instituição permanece íntegra e autônoma para o cumprimento de suas funções constitucionais.

É neste contexto, pois, que devem ser interpretadas as normas constitucionais.

Por fim, não resta dúvida de que à autorização para o afastamento em tais casos deve preceder criteriosa análise do Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Conselho Superior. Deverão ser considerados diversos aspectos, dentre os quais a estatura do cargo almejado, a relevância e a relação das funções a serem exercidas com

as finalidades do Ministério Público.

Diante dos argumentos aduzidos, conclui-se, com o devido respeito, que a atual interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal e por este CNMP, não é a melhor, nem a única possível ou razoável. Uma interpretação sistemática, que não se restrinja a uma leitura isolada da alínea “d” do inciso II do parágrafo 5º do art. 128 da Constituição Federal, nos leva a conclusão diversa da que originou a Resolução nº 5/2006.

De qualquer forma, mesmo aqueles que não são adeptos da interpretação que ora se sustenta não de reconhecer que a existência de duas interpretações razoáveis e fundamentadas é suficiente para recomendar a não expedição de ato regulamentar de consequências tão graves, que constituem restrição de direitos.

2. O princípio da igualdade

Há também outro argumento relevante a justificar o reexame da Resolução nº 5/2006. É que a interpretação deste Conselho, no sentido de que os membros que ingressaram antes de 1988 podem exercer cargos e os demais não, fere o princípio da igualdade.

Sobre o tema discorre com clareza o Promotor de Justiça Marcelo Mendroni, do Ministério Público de São Paulo, em texto intitulado “Ministério Público: Exercício de Cargos Fora da Carreira e Princípio da Igualdade¹” .

Analisando a vedação contida no art. 128, inciso II, alínea “d” e o art. 29 do ADCT, o autor argumenta que o entendimento hoje traduzido na Resolução nº 5/2006 não é o melhor, pelas seguintes razões:

“Em primeiro lugar é preciso interpretar, de forma mais lógica, o próprio dispositivo constitucional: exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Ele estabelece, sem dúvida, que o membro do Ministério Público pode exercer outra função pública – uma de magistério. E não exige que, para isso, esteja afastado da carreira. É possível, pois, ocupar ambos os cargos de uma só vez, o que ocorre frequentemente, em todo o país. Assim, refere que é possível, e somente em um caso, o membro do Ministério Público, ocupar dois cargos públicos, de uma só vez, sendo uma correspondente à das funções de Promotor de Justiça, e a outra, necessariamente, de magistério. Mas o dispositivo, s.m.j., não parece pretender vedar que, uma vez afastado das funções de Ministério Público, exerça outra função pública.

1- In www.investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direito-constitucional/4246

Explica-se pela lógica da interpretação constitucional, aliada à aplicação do Princípio da igualdade e da proporcionalidade constitucional.

Ninguém discute, em primeiro lugar, que a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a serem eliminadas eventuais “contradições”. Esse é, aliás, o ensinamento mais básico da lógica interpretativa, conforme ensina J.J. Gomes Canotilho: “O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade 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. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”. (D. Constitucional. Almedina, Coimbra, 1993, págs. 226/227).

A par desse conceito, torna-se necessário interpretar aquela norma de “vedação” ao membro do Ministério Público, à luz do princípio básico da igualdade.

Sem pretender esmiuçar o conceito, depreende-se que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigalam. O que se deve fixar não é exatamente à igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades.

Segundo o próprio J.J. G. Canotilho, “o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. (ob. Cit. Pág. 565).

Também nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos

houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.” (Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, em - Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993, p. 81/82).

Pois bem. Parece tornar lógica a interpretação de que, podendo ser autorizado o afastamento da carreira, do membro do Ministério Público que ingressou antes da C.F. de 1988, também o poderá, nos mesmos termos e condições, aquele que ingressou após do advento da Constituição, isso por pura aplicação do princípio da igualdade.

Com efeito, não é possível interpretar que o promotor que ingressou antes da Constituição de 1988 tenha “mais direitos” do que o que ingressou posteriormente. Isso seria tratar de forma desigual aos iguais. São membros de uma mesma carreira. A lógica da interpretação da Constituição é dar tratamento exatamente igual a todos os membros da instituição, sob pena de violação de princípio democrático basilar estabelecido no texto constitucional.

Mas, aliás, não parece ter sido mesmo esse o intuito. A constituição nunca pode ser interpretada de forma “literal”, devendo-lhe se aplicar interpretação lógica e sistemática, mesmo no que pertine ao ADCT. Note-se que no referido artigo 21 refere-se expressamente a : “[...] mantidas as competências, prerrogativas, e restrições da legislação a que se achavam submetidas [...]. Já o texto do artigo 128 refere a expressão vedações. São expressões que, de fato, alcançam circunstâncias diversas. Restringir é apenas diminuir a menor campo de aplicação. Vedar é proibir totalmente. Se o ADCT assim o quisesse, teria especificado o mesmo termo – vedações, e não o fez, sinalizando não se referir aos tópicos previstos no dispositivo – art. 128 (observe-se que também no art. 95 parágrafo único utiliza-se o termo: Aos juízes é vedado...). Mas não é só. É lição de José Afonso da Silva, interpretando o princípio da igualdade formal: “A justiça formal consiste em ‘um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devam ser tratados da mesma forma’. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Ed. Malheiros Editores, pág. 212). E também Marino Pazzaglini Filho: “A norma constitucional trata da igualdade formal, ou seja, a igualdade perante o ordenamento jurídico; igualdade de tratamento jurídico para situações iguais de direitos ou obrigações”. (Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. Ed. Atlas, pág. 37).

Inconcebível, portanto, entender que o promotor que ingressou na carreira antes da CF/88 tenha mais ou menos direitos e/ou obrigações do que aqueles que ingressaram posteriormente. Uns são tão membros do Ministério Público quanto os outros, e dar-lhes tratamento diferenciado seria deferir mais direitos a uns do que aos outros, em razão do momento do ingresso no tempo. Não pode mesmo ser (i) fundamento sério; (ii) ter um sentido legítimo; e tampouco (iii) estabelecer diferenciação jurídica como fundamento razoável”. Temerário estabelecer diferenciação de tal monta, justamente no seio da instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, e do regime democrático.

A Constituição Federal veio para sedimentar o processo democrático no Brasil, fixando os valores para que enraizado estejam na consciência do povo e na aplicação do direito. Enfim, não vejo, data venia, outra saída. Se uns podem, os outros também podem. O tratamento igualitário é inafastável.”

Assim sendo, também sob a ótica do princípio da igualdade há que se questionar a Resolução nº 5/2006. Além dos precisos argumentos do ilustre Promotor de Justiça Marcelo Mendroni, saliento a forma vaga como vem sendo usada a afirmação de que a vedação ora discutida não alcança os que integram o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior. O que é precisamente opção pelo regime anterior? Quais as consequências da opção? Seriam eles beneficiados apenas com a inexistência de vedações ou teriam, como contrapartida, um número menor de garantias? Quais normas são a eles aplicáveis?

Creio que, caso a Resolução nº 5/2006 permaneça intacta, faz-se necessário, no futuro próximo, o enfrentamento destas questões pelo Colegiado.

3. Da inconveniência da manutenção da Resolução CNMP nº 5/2006

Diante de todos os argumentos expostos, verifica-se não ser conveniente a manutenção de ato regulamentar explicitando o alcance das vedações constitucionais em matéria tão controvertida. Existem hoje interpretações conflitantes com relação à possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público que ingressou na carreira após 5 de outubro de 1988, para o exercício de função pública. Sabe-se que, com o passar do tempo, a reflexão sobre novos argumentos e a alternância na composição dos colegiados, entendimentos já consagrados sofrem alterações, dando lugar a novas interpretações.

É certo que o CNMP, com fundamento no art. 130-A da Constituição Federal, pode expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência. Tratando-se, contudo, de tema de alta complexidade e de consequências gravosas aos direitos e garantias individuais, impõe-se uma avaliação mais rigorosa da conveniência de normatizar a matéria.

Se de um lado há quem sustente que a Resolução nº 5/2006 emana diretamente da Constituição Federal e que a vedação e a discriminação são justificáveis, de outro estão aqueles que interpretam as normas constitucionais de forma diversa, não vislumbrando qualquer proibição.

Portanto, diante da controvérsia, entendo desaconselhável a imposição pelo Poder Público, no caso o CNMP, de tais restrições na esfera jurídica dos membros

do Ministério Público. O exercício do poder regulamentar, neste caso, parece-me especialmente inconveniente.

Por fim, é de se lembrar que os atos administrativos relativos ao tema, ou seja, de concessão ou denegação de afastamento de membro para exercício de outra função pública, poderão sempre ser revistos por este Conselho, no exercício de sua competência de controle administrativo, ou pelo Poder Judiciário. A análise, contudo, se fará caso a caso, diante de alegação de violação à ordem jurídica, sendo desaconselhável a manutenção da norma regulamentar.

Assim sendo, apresento ao Plenário proposta de Resolução que revoga os arts 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2011, conforme o texto anexo.

Brasília, 17 de maio de 2011.

CLAUDIA CHAGAS

Relatora