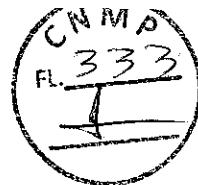




CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO N.º
0.00.000.000116/2011-18

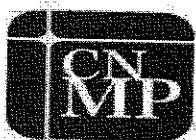
REQUERENTE: IURICA TANIO OKUMURA e outro

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATORA: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DE MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO QUE INGRESSOU NA CARREIRA APÓS
A CF/88 PARA EXERCER OUTRA FUNÇÃO PÚBLICA.

1. Interpretação sistemática do art. 128, § 5º, II, "d" e do art. 129, 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 fora da carreira aos membros que ingressaram antes de 05/10/1988 e a vedação aos demais fere o princípio da igualdade. Discriminação sem fundamento razoável.
3. Decisão do CNMP que revogou os arts. 2º a 4º da Resolução n.º 5/2006 que vedavam expressamente o afastamento do membro do Ministério Público para exercício de outro cargo público (Processo CNMP n.º 295/2011-85).
4. No caso em análise, houve um pedido do Ministro de Estado da Justiça para que fosse autorizado o afastamento do Promotor de Justiça para assumir o cargo de Diretor do Departamento Penitenciário Nacional. O ato impugnado foi precedido das formalidades legais, tendo o Conselho Superior do MP/SP se manifestado pela liberação do Promotor de Justiça. A função a ser exercida é relevante e compatível com as funções do Ministério Público.
5. Inexistência de ilegalidade a ser sanada no ato do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.
6. Improcedência do pedido.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

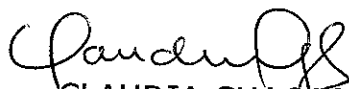


PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº
0.00.000.000116/2011-18
REQUERENTE: IURICA TANIO OKUMURA e outro
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATORA: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

ACÓRDÃO

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, pela procedência do presente Procedimento improcedente, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Conselheiros Adilson Gurgel e Almino Afonso que decidiam pela procedência.

Brasília, 15 de junho de 2011.


CLAUDIA CHAGAS

Conselheira Relatora



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO N.º
0.00.000.000116/2011-18

REQUERENTE: IURICA TANIO OKUMURA e outro

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATORA: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo interposto por IURICA TANIO OKUMURA, Procuradora de Justiça integrante do Conselho Superior do MPSP, contra ato administrativo do PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que autorizou o afastamento do Promotor de Justiça AUGUSTO EDUARDO DE SOUZA ROSSINI, Promotor de Justiça de Parelheiros, integrante do quadro permanente daquela instituição desde 3/7/1989, para exercer o cargo de Diretor-Geral de Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça.

Às fls. 29/44 alega a requerente, em apertada síntese, que a CF/88 concedeu aos membros do MP, dentre outras garantias, a vitaliciedade, a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade, proibindo, entretanto, o exercício de outro cargo público ou função, salvo uma de magistério (artigo 138, § 5º, inciso I, da CF/1988).

Ressalta que as garantias constitucionais têm por escopo a defesa da independência funcional dos membros, mas, em contrapartida, impede-se o exercício de atividade político partidária ou função de confiança no Poder Executivo ou Poder Legislativo, de modo a não se comprometer sua imparcialidade.

Transcreve jurisprudência do STF no sentido de que não é possível



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELLHEIRA CLAUDIA CHAGAS



o afastamento de membros do MP cujo ingresso se deu após 5/10/1998 para ocupar cargos. Ao final, requer: a) a concessão de medida liminar para sustar, imediatamente, o ato do Procurador-Geral ora fustigado, em face da flagrante violação ao texto constitucional, bem como à Resolução n.º 5 do CNMP; b) no mérito, requer seja julgado procedente o presente pedido de controle administrativo para vedar a saída da carreira do aludido membro do MPSP. Junta documentos (fls. 45/90).

Às fls. 92/106, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em informações preliminares, sustenta a legalidade do ato atacado. Argumenta que aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a Constituição Federal de 1988, como é o caso do referido Promotor de Justiça, é admissível o afastamento para o exercício de outra função compatível com as finalidades da instituição, desde que não constitua consultoria jurídica ou representação de entidades públicas. Diz que a Constituição veda o acúmulo de funções e não o exercício de função pública mediante o competente afastamento para a realização de atividade de relevância para a instituição. Fundamenta sua posição nos arts. 128, § 5º, II, "d" e 129, IX, da Constituição Federal; art. 10, IX, "c", art. 44, IV, parágrafo único, e art. 53, VIII, da Lei 8.625/93; art. 19, III, "c" e art. 170, IV, parágrafo único e art. 219, VI, da Lei Complementar Estadual nº 734/93.

Acrescenta que, se aos membros do Ministério Público admitidos até a Emenda Constitucional nº 45/2004 a atividade partidária é consentida, segundo a Resolução nº 5/2006, é inadmissível concluir que o exercício de função pública, no âmbito do Poder Executivo, esteja interditado, sob pena de ofensa à razoabilidade e à isonomia.

Por fim, ressalta a alta relevância da função pública em questão, a pertinência temática com as atribuições do Ministério Público e a compatibilidade com o currículo institucional do interessado. Junta os documentos de fls. 107/215.

Às fls. 217/220 deneguei o pedido de liminar.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

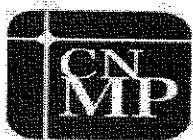


Às fls. 229/242 o Procurador-Geral de Justiça de São Paulo volta aos autos para prestar informações definitivas, reiterando os argumentos já expostos.

O Promotor Augusto Eduardo de Souza Rossini ratifica, às fls. 245, os argumentos do requerido.

Às fls. 248, o Procurador de Justiça Clilton Guimarães dos Santos vem aos autos solicitar sua inclusão no feito, o que foi deferido, dada sua condição de Conselheiro do CSMPSP (fls. 251/252).

É o relatório.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº
0.00.000.000116/2011-18
REQUERENTE: IURICA TANIO OKUMURA
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RELATOR: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS

VOTO

Discute-se nos presentes autos a legalidade de ato do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que, após a concordância do Conselho Superior do MPSP, autorizou o afastamento do Promotor de Justiça Augusto Eduardo de Souza Rossini para ocupar o cargo de Diretor do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

A requerente, membro do Conselho Superior daquela instituição, postula a procedência do presente Pedido de Controle Administrativo para o fim de vedar o afastamento da carreira do aludido membro, tendo em vista que seu ingresso na carreira se deu após 05/10/1988. Invoca o art. 128, § 5º, II, "d" da Constituição Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Resolução nº 5 deste CNMP.

O requerido, por sua vez, defende o ato impugnado, sustentando que o art. 128, § 5º, II, "d" da Constituição Federal deve ser interpretado de forma sistemática, levando em conta o teor do art. 129, IX, da Lei Maior. Assim, argumenta que não há vedação para que o Promotor de Justiça exerça outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem. Conclui que a Constituição Federal proíbe apenas o exercício concomitante do cargo de Promotor de Justiça com outro cargo público.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



Defende a rediscussão da matéria no âmbito deste Conselho e transcreve posição doutrinária que o ampara.

Na presente data, o Conselho decidiu revogar os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução n.º 5. Não há mais, portanto, norma regulamentar interna que vede o afastamento do requerido para exercer o cargo de Diretor do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça. É o seguinte o voto condutor do acórdão:

"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 diferencia os projetos é que o primeiro, de autoria desta Relatora, propõe a revogação dos artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2006, enquanto o segundo, da autoria do e. Conselheiro Claudio Barros, altera a redação dos arts. 2º e 3º e a revogação dos artigos 4º e 5º para permitir o exercício de outras funções nas condições que estabelece, condições, 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, II, "d" e 129, 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 Claudio Barros faz considerações sobre a possível contradição entre o artigo 128, § 5º, inciso II, letra 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, e o artigo 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.

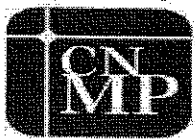
Por fim, entende o autor da proposta que o CNMP deve exercer o controle das compatibilidades temáticas e hierárquicas previstas, propondo que o afastamento de membro do Ministério Público passe a ser de comunicação compulsória à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do 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 fundamento 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



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELLHEIRA CLAUDIA CHAGAS



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, II, "d" da Constituição Federal.

Há, contudo, forte corrente que adota o entendimento oposto, sustentando que o art. 128, § 5º, II, "d" da Constituição Federal deve ser interpretado de forma sistemática, levando em conta o teor do art. 129, 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 16/05/2007 respectivamente (Plenário). Por fim, o Mandado de Segurança 26.595/DF foi denegado em 07/04/2010.

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.

9



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, II, "d" e 129, IX da Constituição Federal.

A leitura literal do art. 128, § 5º, II, "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, 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, 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, também integrante do Ministério Público de São Paulo, para exercer o cargo de Conselheiro do CADE (fls. 197/201).



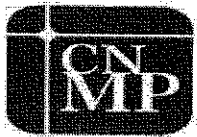
O eminente constitucionalista, ao analisar a matéria, afasta a interpretação literal do art. 128, § 5º, II, "d" e propõe sua harmonização com o art. 129, IX, da Constituição Federal. Segundo o autor, a vedação constante do art. 128, § 5º, II, "d", não é absoluta. A amplitude e os limites do campo de 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 inc. II do § 5º do art. 128 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 inc. 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 incs. II do art. 128 e 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, 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 inc. 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 hão 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 Igualdade"¹.

Analisando a vedação contida no art. 128, II, "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

¹ In www.investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direito-constitucional/4246
PROC. CNMP N.º 0.00.000.000116/2011-18



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 freqüentemente, 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.

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 autónomo 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



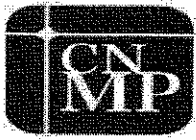
da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio 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.

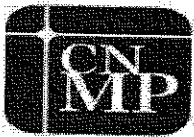
Mas, aliás, não parece ter sido mesmo esse o intuito. A constituição nunca pode ser interpretada de forma "literal", devendo-lhe se aplicar interpretação lógica e sistemática, mesmo no que pertine ao ADCT. Note-se que no referido artigo 21 refere-se expressamente a : "[...] mantidas as competências, prerrogativas, e restrições da legislação a que se achavam submetidas [...]. Já o texto do artigo 128 refere a expressões 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 § 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 integravam 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



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



Resolução que revoga os arts 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2011, conforme o texto anexo.

Do caso concreto

No caso em análise, houve um pedido do Ministro de Estado da Justiça para que fosse autorizado o afastamento do Promotor de Justiça Augusto Eduardo de Souza Rossini para assumir o cargo de Diretor do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

A solicitação destacou tratar-se de órgão singular vinculado ao Ministério da Justiça, que tem atribuição de planejar e coordenar toda a política penitenciária nacional. Ressaltou os enormes desafios da pasta, cuja atuação deve estar voltada ao aprimoramento da execução penal no Brasil. Justificou a escolha, afirmando que há necessidade de construir um novo paradigma na política penitenciária.

O ato impugnado foi precedido das formalidades legais, tendo o Conselho Superior do MP/SP se manifestado pela liberação do Promotor de Justiça. A função a ser exercida é relevante e o tema guarda relação direta com as funções do Ministério Público.

Verifica-se, portanto, que o cargo é compatível com as finalidades da instituição. A presença de um membro do Ministério Público na Direção do DEPEN é indiscutivelmente importante, pois lhe competirá conduzir, juntamente com o Ministro da Justiça, a política penitenciária nacional e efetivamente contribuir para o cumprimento integral da Lei de Execuções Penais em todo o território nacional.



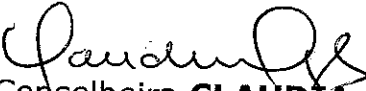
CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO
N.º 0.00.000.000116/2011-18
GABINETE DA CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS



Assim sendo, adotando integralmente os fundamentos aqui expostos para a proposição da Resolução nº 5 deste Conselho, não vislumbro qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser sanada no ato do Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia, motivo pelo qual julgo improcedente o pedido contido na inicial.

Brasília (DF), 15 de junho de 2011.


Conselheira **CLAUDIA CHAGAS**
Relatora