

MP: exercício de cargos fora da carreira e princípio da igualdade

Marcelo Batlouni Mendroni

Promotor de Justiça em São Paulo. Autou no Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado) e atualmente está na 3ª Promotoria Criminal da Capital. Formado pela PUC-SP em 1987, é doutor pela Universidad Complutense de Madrid em direito processual penal. Leciona a disciplina na pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e na graduação da Unip (Universidade Paulista). Escreveu os livros Curso de Investigação Criminal e Crime Organizado.

SÃO PAULO - O ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Gilmar Mendes indeferiu, na semana passada, as liminares pedidas nas Adins (ações diretas de inconstitucionalidade) 3838 e 3839 e no Mandado de Segurança 26325, que questionam a validade constitucional de dispositivos da Resolução nº 5, do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

A Resolução nº 5 proíbe os membros do Ministério Público, que ingressaram na carreira após o dia 5 de outubro de 1988, de exercerem “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”, dentre outras vedações. Veja-se:

CNMP: “O Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público decidiu na sessão de segunda, 18 de dezembro, rejeitar a proposta de resolução que autorizaria os membros do MP a exercerem outro cargo fora do Ministério Público. A votação da proposta do conselheiro Ernando Uchôa ficou empatada em seis votos a favor (o próprio autor, Gaspar Viegas, Saint´Clair Nascimento, Paulo Prata, Alberto Cascais e Osmar Machado) e seis contra (Ricardo Mandarin, Ivana Auxiliadora, Luciano Chagas, Hugo Cavalcanti, Sérgio Couto e Janice Ascari). O presidente do CNMP, Antonio Fernando Souza, desempatou votando contra a edição da resolução.

Portanto, fica mantida a validade plena da Resolução nº 5/2006, que dá prazo até o fim deste ano para que todos os ocupantes de cargos ou funções fora do Ministério Público retornem ao exercício de suas funções institucionais”.

Preliminarmente, o ministro Gilmar Mendes referiu precedentes em que o STF reconheceu a natureza normativa dos atos emanados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público. Em relação ao tema específico, o ministro lembrou decisão plenária na ADI 2084, “no sentido de somente ser permitido aos promotores e procuradores de Justiça o exercício de cargo ou função de confiança na administração superior do próprio Ministério Público”.

Já tive oportunidade de abordar esse tema anteriormente, mas diante da apreciação do tema no CNMP, parece-me pertinente o retorno da sua discussão, de forma a defender o nosso ponto de vista e, acreditamos, o princípio constitucional da igualdade.

Parece-me o mais coerente analisar o tema, antes de qualquer outro aspecto, sob o prisma do princípio constitucional da igualdade.

É certo que o artigo 128 da Constituição Federal estabelece, como vedação, ao membro do Ministério Público: II “d”: “exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”.

Segue-se ainda que o artigo 21 do ADCT (Ato das disposições Constitucionais Transitórias), em analogia de carreira com a magistratura, como se interpreta, estabelece que aqueles que “estejam em exercício na data da promulgação da Constituição, adquirem estabilidade, observado o estágio probatório, e passam a compor quadro em extinção, mantidas as competências, prerrogativas e restrições da legislação a que se achavam submetidos, salvo as inerentes à transitoriedade da investidura”.

Então, basicamente com a interpretação conjunta, diga-se, literal, destes dois dispositivos, se autoriza, em alguns casos, o afastamento da carreira de promotores de Justiça que ingressaram antes do advento da CF de 88, e não se autoriza os demais, ingressos posteriormente, a fim de que ocupem cargos nos poderes legislativo e executivo.

Não me parece, todavia, esse o melhor entendimento.

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 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 desiguam. O que se deve fixar não é exatamente a 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 CF 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 —artigo 128. (observe-se que também no artigo 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 de 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.

"La legge è uguale per tutti" è una bella frase che rincuora il povero, quando la vede scritta sopra le teste dei giudici, sulla parette di fondo delle aule giudiziarie; ma quando si accorge che, per invocare la uguaglianza della legge a sua difesa, è indispensabile l'aiuto di quella ricchezza che egli non ha, allora quella frase gli sembra una beffa alla sua miseria". (Piero Calamandrei, 1954; in "Giustizia e Società", p Mauro Cappelletti. Edizione di Comunità - Milano, 1972, p. 11).

Quarta-feira, 10 de janeiro de 2007