

3.1.2 Atividade político-partidária por membros do Ministério Público: análise da alínea “e” do inciso II do § 5º do artigo 128 na redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004

Renato Franco de Almeida

Assessor Especial da Coordenadoria de Controle da Constitucionalidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito e Instituições Políticas. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. Professor de Pós-Graduação lato sensu.

E-mail: renatofranco@mp.mg.gov.br

RESUMO: *Analisa a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 45/2004 à luz dos direitos políticos exercidos pelos membros do Ministério Público.*

PALAVRAS-CHAVE: *Emenda Constitucional; Inconstitucionalidade; Princípio Democrático.*

RESUMEN: *Analiza la constitucionalidad de la Enmienda Constitucional n.º 45/2004 a luz de los derechos políticos ejercidos por los miembros del Público Ministerio.*

PALABRAS-LLAVES: *Enmienda Constitucional; Inconstitucionalidad; Principio Democrático.*

1 Introdução

A Emenda Constitucional (EC) n.º 45, de dezembro de 2004, denominada “Reforma do Judiciário”, introduziu mudanças cujo objeto vai muito além daquilo que seu apelido possa refletir. De efeito, e não obstante a alcunha, a referida Emenda trouxe modificações em todas as Instituições cujas funções são consideradas pela Constituição como essenciais à Justiça.

Nesse panorama, o presente trabalho tem por escopo analisar, no que concerne à Instituição do Ministério Público, a mudança introduzida pela supracitada Emenda quanto ao exercício de atividade político-partidária pelos membros do *Parquet*, eis que, pensamos, possa ser essa, entre outras, a maior perda que a Instituição ministerial auferiu com a sobredita Reforma.

Não obstante, estamos que a redação proposta pela EC n.º 45/2004 – quando enceta a proibição absoluta do exercício de atividade político-partidária por Promotores e Procuradores de Justiça – padece de claro vício de inconstitucionalidade, por não se conformar com princípios maiores plasmados no nosso diploma constitucional.

A outro giro, a questão não é meramente acadêmica, já tendo sido objeto de apreciação pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que editou a Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, sobre o tema.

Entretanto, esse Órgão, a nosso sentir, ficou a meio caminho do deslinde da questão, uma vez que, ao aderir ao voto-condutor do eminente Conselheiro Paulo Sérgio Prata Rezende, proferido no processo n.º 0.00.000.000006/20005-8 (CNMP)

– segundo o qual a proibição absoluta somente atingiria aquele membro que ingressou na Instituição após a promulgação da Emenda – deslembrou que os próprios fundamentos do voto levam o intérprete à conclusão de que a Emenda em si e no particular é incompatível com o texto constitucional por malferir um direito individual.

Destarte, o objetivo do presente estudo é demonstrar essa particular incompatibilidade da Emenda Constitucional n.º 45/2004 com o texto rígido da Constituição de 1988 e o equívoco perpetrado pelo CNMP.

2 Os direitos políticos como direitos fundamentais e a possibilidade de sua restrição

Caminhou o Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de que os direitos políticos são direitos fundamentais, à semelhança do que ocorre com aqueles previstos nos arts. 5º a 7º da Constituição da República.

Conquanto o acerto quanto à natureza intangível desses direitos, forçoso criticar a solução encontrada pelo CNMP, a qual restou consignada na Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, uma vez que se mostra contraditória com seus próprios fundamentos.

De efeito, é possível extrair do voto-condutor:

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 n. 45 com as

normas constitucionais que cuidam dos direitos políticos.

E continua o eminente Relator:

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). [...] 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 (direito 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.

Após, conclui que:

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

- a) os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária;
- b) a vedação do art. 128, § 5º, II, e, da CF, em sua nova redação, não alcança os membros do Ministério Público que ingressaram 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.

Infere-se, a toda evidência, das partes transcritas do voto, a preocupação do Relator com a abolição, por meio de Emenda Constitucional, de direitos fundamentais, o que entendeu ser inconcebível à luz do quanto disposto no art. 60, § 4º, IV da CR/88.

Com efeito, a análise do documento constitucional promulgado em 1988 nos induz a algumas conclusões no que concerne aos direitos fundamentais. É possível inferir daí que os direitos fundamentais podem ser restringidos, na medida de sua necessidade, porém não poderão, em hipótese alguma, ser extintos (abolidos). Isso porquanto o artigo 60 da Constituição, ao instituir as chamadas “cláusulas pétreas”, proíbe, de forma peremptória, a extinção dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV da CR).

Via de consequência, é mister firmar a tese segundo a qual o Poder Constituinte Derivado ou Reformador, como é cediço, está limitado pela cláusula supracitada, estando proibido de extinguir (ou abolir, na linguagem constitucional) quaisquer direitos e garantias individuais.

Bem ao sabor da teoria de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1993), a atual Constituição da República franqueia a ponderação baseada na proporcionalidade, na hipótese de conflito concreto entre os princípios ali previstos, no que concerne especificamente à sua restrição. Todavia, obsta a sua extinção nas perspectivas abstrata e concreta. É que, como afirma Dworkin, enquanto a *regra* possui seu código de abordagem no lícito/ilícito, os *princípios* ofertam uma orientação que, uma vez seguida, não extinguirá definitivamente o grau de vinculação que outro princípio possa oferecer (DWORKIN, 2002, p. 39). Assim, em um conflito de regras, uma prevalecerá em detrimento de outra, sendo que a preterida restará extinta ou terá declarada sua invalidez, segundo os padrões aceitos do sistema jurídico em questão.

O mesmo não ocorre com os princípios. Em eventual conflito aparente destes, aquele que prepondera não extingue a força vinculante do outro, senão no caso apreciado, diante da opção feita pelo primeiro. Enfim, os princípios enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção [...]” (DWORKIN, 2002, p. 41). Por efeito, os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do *peso* ou *importância*, uma vez que, no que toca àquelas, ou são aplicáveis ou não o são na regulamentação de um determinado comportamento.

Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que, se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (DWORKIN, 2002, p. 43)

Se é possível sopesar princípios em aparente conflito, concreto ou abstrato, na ambiência constitucional positiva atual, abstratamente, não se mostra constitucionalmente adequado extirpar direitos que denotam direitos fundamentais ou são desdobramentos de princípios fundamentais da própria República Federativa.

Com efeito, na medida em que os direitos políticos encerram, desenganadamente, um desdobramento de princípio fundamental, traduz-se sua restrição ou abolição, através de emenda à Constituição, em subversão do sistema constitucional vigente, em um dos seus mais importantes direcionamentos abstratos: o princípio democrático.

Nessa linha de raciocínio lógico-formal, José Afonso da Silva (1994, p. 305) conceitua *direito político* como aquele consistente na

disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular, o que, em essência, equivale, para o regime representativo, à noção dada por Rosah Russomano, para quem os ‘direitos políticos, visualizados em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto.’ (Grifo do autor)

Destarte, a obstrução desse exercício da soberania popular (regime democrático-representativo) mostra-se inadequada na medida em que suprime ou restringe, de uma parcela da população, o direito de ser votada. E, frise-se, mesmo para a sua restrição, mister a ponderação entre os direitos envolvidos, em face da natureza fundamental dos direitos políticos. É que, como ensina Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 211), “O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (v. g. reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental.” (Grifos do autor)

Para o descobrimento do *âmbito de proteção* de determinado direito fundamental, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (2002, p. 212-3) propõe:

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- (a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);
- (b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e identificação das *reservas legais de índole restritiva*. (Grifos do autor)

Acolitando tais escólios, é possível extrair a conclusão

segundo a qual as hipóteses fáticas dos direitos políticos, em uma democracia de caráter representativo, radica na possibilidade do homem-social votar e ser votado, enquanto o aspecto consequencial refere-se aos direitos de participação no Governo, ativa ou passivamente.

Fixadas as premissas necessárias, impende reconhecer que a EC n.º 45 – na medida em que abole os direitos políticos dos membros do *Parquet* – está maculada pela inconstitucionalidade, por extinguir direitos fundamentais através de Poder Constituinte Reformador.

Nossa Suprema Corte, de seu turno, acolhendo as lições doutrinárias mais consentâneas com o texto constitucional positivo, deixou consignado na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 939-7/DF, Relator Min. Sydney Sanches, que malfez cláusula pétrea Emenda Constitucional que abole o princípio da anterioridade tributária. É possível colher essa lição do voto do Ministro Celso de Mello, do seguinte teor:

[...] admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados.

Forçoso é admitir, portanto, que, neste particular, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao entender que a nova cláusula constitucional somente se aplica àqueles membros que ingressaram na Instituição após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, ficou a meio caminho do deslinde

da questão mais adequado ao texto constitucional, eis que não vislumbrou que a própria EC, no particular, é inerentemente inconstitucional, à luz da doutrina e jurisprudência regentes do tema. Destarte, fixou aquele Conselho, através da Resolução n.º 5, que: “Art. 1º. Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda n.º 45/2004”.

Divisa-se, portanto, o equívoco perpetrado pelo CNMP na medida em que proíbe aos membros do *Parquet* que ingressaram na Instituição após a promulgação da EC n.º 45/2004 o exercício de atividade político-partidária, acolhendo norma jurídica (EC) inconstitucional, por malferir direito fundamental, desdobramento do princípio democrático.

Em compêndio, por se tratar de espécie de direito fundamental, faz-se mister referir que os direitos políticos estão imunes à eliminação por força de reforma que venha a ser operada na Constituição através do Poder Constituinte Derivado ou Reformador, em razão de estarem aqueles confinados no núcleo fixo do texto constitucional.

3 Conclusão

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, ao contrário do quanto disposto na Resolução n.º 5, de 20 de março de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, todos os membros do *Parquet*, independentemente da data de ingresso na Instituição, poderão exercer atividades político-partidárias nos limites que a lei de regência estabelecer, diante da cristalina inconstitucionalidade da alínea “e” do inciso II do § 5º do art. 128 da Constituição da República, na redação ofertada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

4 Bibliografia

- ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. 607p.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 321p.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994. 768p.