

CONAMP. Consulta formulada. Possibilidade de os membros do Ministério Público inativos participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP)

I

1. Consulta-nos a Exma. Sra. Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) sobre a possibilidade de os membros do Ministério Público inativos participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça pelo Chefe do Poder Executivo. O voto seria facultativo e demandaria alteração da lei orgânica do respectivo Ministério Público.

2. A solicitação vem acompanhada (a) de solicitação de análise encaminhada à CONAMP pelo Exmo. Sr. Presidente da Associação Espírito-Santense do Ministério Público (AESMP); (b) requerimento, endereçado ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo, postulando a submissão, ao respectivo Colégio de Procuradores de Justiça, de anteprojeto de lei complementar visando a autorizar o voto facultativo dos inativos; e (c) parecer favorável do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, exarado em 25 de maio de 2010, admitindo a possibilidade de a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo ser alterada para prever a possibilidade de voto facultativo dos inativos.

3. Os argumentos favoráveis à possibilidade de voto dos inativos, na formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça, possuem dois alicerces fundamentais: (1º) não há vedação, quer na Constituição da República, quer na Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos dos Estados), à possibilidade de a lei orgânica estadual autorizar o voto facultativo dos inativos; e (2º) o Procurador-Geral de Justiça profere decisões que interferem diretamente na esfera jurídica dos inativos.

II

4. O presente parecer é exarado no exercício de uma atividade associativa, no âmbito interno da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o que, não obstante sua natureza consultiva, em nada se confunde com o exercício da advocacia, vedada, aliás, aos membros do Ministério Público. Acresça-se que a matéria versada possui relevância direta para os associados da CONAMP, já que o voto facultativo dos inativos, na eleição para a formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça, é potencialmente benéfica a todos, o que justifica a assunção, pela associação de classe, de uma posição a respeito do assunto.

5. As considerações que teceremos a seguir refletem o entendimento que temos tido a respeito da temática nas duas últimas décadas, com especial destaque para as ideias alinhavadas na obra *“Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico”*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, que utilizaremos, em suas linhas gerais, como fio condutor. Em nossa exposição, procuraremos responder a duas perguntas fundamentais: (1ª) qual é a relação dos inativos com o Ministério Público? (2ª) É possível que a legislação infraconstitucional disponha sobre a participação dos inativos na formação da lista tríplice destinada à escolha do Procurador-Geral de Justiça?

II. I

6. Não são necessárias maiores reflexões de ordem teórica para constatarmos que a Constituição da República Federativa do Brasil não dispõe sobre a inserção dos servidores inativos na estrutura orgânica ou no processo de gestão das instituições com as quais mantinham um vínculo de natureza funcional antes de passarem para a inatividade. A justificativa, mais que singela, é importante frisar, decorre do fato de não mais manterem uma relação jurídica com essas instituições.

7. Esse quadro tornou-se ainda mais patente com a inserção, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, do §2º no art. 40 da Constituição de 1988, preceito que tem a seguinte redação: *“fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, §3º, X”*. Até então, não era incomum que o pagamento dos proventos dos inativos fosse realizado pela própria instituição de origem, inclusive com a existência de uma unidade gestora própria. Com a vedação de que coexistam, no mesmo sistema, unidades gestoras diversas, a solução tem sido a criação de autarquias, vinculadas ao Poder Executivo, com a incumbência de gerir o regime de previdência do funcionalismo público do respectivo nível federativo.

8. Especificamente em relação ao processo de escolha do Procurador-Geral de Justiça, o art.128, §3º, da Constituição da República e o art. 9º, *caput*, da Lei nº 8.625/1993 dispõem que a lista tríplice que será submetida à apreciação do Governador do Estado deve ser formada por integrantes da carreira. Carreira, consoante a doutrina especializada, indica o conjunto de classes – as quais congregam vários cargos – que é organizado de modo a permitir a progressão funcional, consoante os critérios previstos em lei: mérito ou antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional. Os membros do Ministério Público ocupam cargos de carreira: Promotor de Justiça Substituto, Promotor de Justiça Titular e Procurador de Justiça – esse é o escalonamento em múltiplos Estados. Em outros, há subdivisões de entrância.

9. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados. Com isso, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo

órgão do inativo após concurso de remoção ou promoção. A Lei Orgânica Nacional, aliás, não deixa margem a dúvidas quanto ao acerto dessa conclusão: a) o membro do Ministério Público poderá se aposentar, facultativamente, “após cinco anos de efetivo exercício na carreira” (art. 54); e b) o Capítulo IX, intitulado “Da Carreira”, trata do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento. É o que dispõe o art. 68 da Lei nº 8.625/1993. Assim, os inativos não poderão integrar a lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral, isso pela singela razão de não integrarem a carreira.

10. Como não integram a carreira e, por via reflexa, o Ministério Público de origem, a ordem constitucional nada dispõe a respeito da possibilidade de participarem da respectiva votação. Esse silêncio, aliás, *prima facie*, parece assumir feições de verdadeiro silêncio eloquente, não de inadvertida omissão. Assim ocorre justamente pelo fato de os inativos não mais integrarem a instituição de origem, daí a impossibilidade de serem contemplados no processo democrático interno.

11. Com o objetivo de conferir maior representatividade aos integrantes da lista tríplice, estatuí o art. 9º, §1º, da Lei nº 8.625/1993 que todos os integrantes da carreira têm capacidade eleitoral ativa. Assim, será dissonante da Lei Orgânica Nacional qualquer dispositivo de lei estadual que restrinja o poder de escolha, *v. g.*, ao Colégio de Procuradores, aos Procuradores de Justiça ou mesmo aos Promotores vitaliciados, excluindo os não vitaliciados. A escolha se dará por meio de voto plurinominal, o que autoriza que um único membro do Ministério Público vote em até três candidatos, número limite por se tratar de lista tríplice.

12. Pelos mesmos motivos já expostos, não poderão os inativos participar da eleição, já que não são considerados integrantes da carreira. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados, o que permite que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar tal cargo após regular concurso de promoção. Como se percebe, a Lei Orgânica Nacional, longe de silenciar, dispôs expressamente que somente os integrantes da carreira possuem capacidade eleitoral ativa para participar da eleição interna.

II. II

13. Os inativos, como vimos, não possuem vínculo com a instituição de origem, não integrando, portanto, a respectiva carreira. Apesar do silêncio (entenda-se: eloquente) da ordem constitucional a respeito da possibilidade de participarem da eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça, a Lei nº 8.628/1993, em seu art. 9º, §1º, somente atribui a capacidade eleitoral ativa aos integrantes da carreira. Apesar disso, é possível

que a legislação infraconstitucional venha a permitir que votem, em caráter facultativo, na eleição? A resposta a esse questionamento passa necessariamente pelo conceito de cidadania e pelo seu potencial expansivo.

14. Em seus contornos mais basilares e com abstração dos circunstancialismos de ordem local e temporal que necessariamente influem no delineamento do seu conteúdo, a cidadania pode ser vista como um *status*, que qualifica a relação da pessoa humana com o poder dominante. Essa impressão inicial é corroborada por sua própria etimologia, já que cidadania deriva do latim *civitas*, que significa cidade, signo que caracterizava o Estado antigo, claro indicativo de que o indivíduo assume certa posição *na* ou *perante a* cidade. A evolução da humanidade bem demonstra que o conteúdo da cidadania sempre oscilará em torno dessa relação, podendo refletir o conceito de nacionalidade (*Staatsangehörigkeit* – “pertencente ao Estado” – Maurer¹; e Zippelius e Würtenberger²), o direito de participação política, a demarcação de uma esfera jurídica imune à intervenção estatal, papel este desempenhado pelas liberdades clássicas ou, mesmo, o direito a prestações materiais.

15. A cidadania, em verdade, pode ser visualizada tanto no plano jurídico, como no sociológico. No primeiro, assume os contornos traçados pela ordem jurídica, em especial pela Constituição, indicando os direitos e os deveres que alcançam o indivíduo enquanto célula da sociedade e destinatário do poder estatal. No segundo, por sua vez, atua como fator de aglutinação de referenciais éticos, ecológicos e democráticos; o *status* de cidadão é atribuído àqueles que estão efetivamente inseridos no contexto social, observando certos padrões comportamentais, de natureza normativa ou não, e tendo reconhecidos certos direitos que se mostram essenciais à própria espécie humana. Sob essa última ótica, não é incomum afirmar-se que vândalos e indigentes, os primeiros por afrontarem a ordem jurídica, os segundos por não serem realmente amparados por ela, são não cidadãos.

16. Remonta à Grécia antiga a concepção de cidadania enquanto direito assegurado ao cidadão (*politikos*) de participar ativamente de qualquer reunião (*ekklesia*) realizada em praça pública (*ágora*), visando à tomada de decisões de interesse da cidade (*pólis*). Nesse contexto, a cidadania assume caráter instrumental em relação à democracia (democracia “seletiva”, convém lembrar, já que excluía a participação de mulheres, escravos e outros não cidadãos). No direito romano, a exemplo do grego, a cidadania, durante a República, era reconhecida desde o nascimento, com a só condição de que o pai fosse romano, ainda que a mãe não fosse cidadã (Gaius 1, 78,80). Nesse período, somente a cidadania, que apresentava contornos semelhantes àqueles atribuídos, nos dias atuais, à nacionalidade, permitia que o indivíduo possuísse direitos civis e político³. Mesmo na atualidade, são múltiplas as construções que apregoam a inconsistência do entendimento que atribui contornos meramente

¹ *Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane und Staatsfunktionen*, 5ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 3.

² *Deutsches Staatsrecht*, 32ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 33.

³ Cf. GAUDEMET, Jean, *Institutions de L'Antiquité*, Paris: Sirey, 1967, p. 362.

passivos à cidadania. Dennis T. Thompson,⁴ por exemplo, afirma que “*cidadania não é significado que apenas sugere aqueles direitos ostentados por um sujeito passivo pelo simples fato de residir sob uma particular jurisdição territorial. Nem o seu significado principal é o de denotar patriotismo ou lealdade a um Estado-Nação*”. Conclui, ao final, que cidadania “*se refere à capacidade presente e futura de influenciar políticas*”.

17. A Constituição de 1988 visualiza a cidadania, essencialmente, como o direito de interagir com o poder, manifestando-se tanto na participação no processo político, indicando o direito de votar e de ser votado, como na própria legitimidade para impugnar certos atos praticados pelo Poder Público, o que se dá com o manejo da ação popular, de uso restrito aos cidadãos (art. 5º, LXXIII). Como pressuposto da cidadania, exige-se a nacionalidade brasileira, que pode ser nata ou decorrer de naturalização. A amplitude da cidadania, aliás, é diretamente influenciada pela forma de aquisição dessa nacionalidade, isso porque aos estrangeiros naturalizados brasileiros é vedado o acesso a certos cargos, como o de Presidente da República (art. 12, §3º, I). Para a maior parte da população, o ato de tornar-se cidadão não é propriamente um direito, mas um dever. Explica-se: é cidadão aquele que possui direitos políticos, e estes surgem com o alistamento eleitoral, que é obrigatório para os maiores de dezoito anos e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, §1º, I e II), sendo vedado para os estrangeiros e os conscritos durante o serviço militar obrigatório (art. 14, §2º). Assumido o *status* de cidadão, o indivíduo encontra-se obrigado a votar, isso com exceção das hipóteses em que o alistamento eleitoral seja facultativo (art. 14, §1º, II), e a cumprir as demais obrigações estabelecidas na legislação infraconstitucional. Constata-se, assim, que a cidadania reflete o conjunto de direitos e deveres associados ao preenchimento e ao controle das estruturas estatais de poder.

18. Diversos Estados da antiguidade, com especial realce para a civilização helênica, somente concebiam o ser humano, como titular de direitos, enquanto integrante da *polis*. Portanto, excluídos estavam os gentios, concepção também adotada pelos romanos e que, em certa medida, serviu de alicerce a diversas concepções liberais, que não reconheciam os direitos políticos de certos indivíduos, admitindo, até mesmo, a sua redução à condição de escravos. A visão do ser humano com individualidade e essência, independentemente de sua pertença a uma dada comunidade política, é certamente tributária do pensamento cristão. Como afirmou o Apóstolo Paulo, perante Cristo, “*não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus*” (Gálatas, 3, 28). Com o evoluir da humanidade, passou-se a reconhecer que liberdades fundamentais ou direitos prestacionais não pressupõem, em todos os casos, a condição de cidadão: nesse particular, a ordem constitucional brasileira gravita em torno do referencial de pessoa humana (art. 1º, III).

⁴ *The Democratic Citizen*, Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 1-5.

19. Voltando ao objeto de nossas reflexões, é possível afirmar que o Ministério Público, a exemplo do Poder Judiciário, consubstancia uma estrutura estatal de poder que existe e opera no âmbito de um Estado Democrático de Direito, como sói ser a República Federativa do Brasil. Portanto, não seria sistemicamente incorreto que a ordem constitucional ou infraconstitucional estabelecesse mecanismos de participação popular na gestão dessas estruturas, o que poderia ser visto como legítimo exercício da cidadania, um dos fundamentos existenciais do Estado brasileiro.

20. Se a participação popular no processo de formação do poder estatal, qualquer que seja a natureza das funções desempenhadas, é algo plenamente justificável, o mesmo não pode ser dito, sob o prisma da igualdade, em relação à possibilidade dessa participação ser franqueada apenas a segmentos específicos do ambiente sociopolítico. Fortes nessa premissa, podemos afirmar que não seria constitucionalmente jurígeno restringir a participação aos inativos, pois, ao passarem para a inatividade, estão, sob o prisma das relações que mantêm com as instituições de origem, em situação jurídica idêntica à dos demais cidadãos.

21. Caso se decida pela participação popular no processo de formação e desenvolvimento do poder no âmbito das estruturas estatais, é preciso seja respeitada a iniciativa legislativa privativa da União para legislar sobre cidadania, nos termos do art. 22, XIII, da Constituição de 1988.

III

22. Ainda que o relevante papel desempenhado pelos inativos na construção do Ministério Público que hoje conhecemos seja merecedor do efusivo respeito de todos, não há como admitir-se a edição de comando normativo estadual que assegure o seu direito de voto na eleição destinada à formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

23. É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 9 de outubro de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público