

MANDADO DE SEGURANÇA 26.690 – DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Impetrante: Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira

Impetrado: Procurador-Geral da República

Mandado de segurança. Constitucional. Emenda Constitucional 45/04. Ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações limítrofes não abrangidas pelos novos preceitos constitucionais. Ministério Público Federal. Ingresso na carreira. Inscrição definitiva no concurso público. Candidata que, embora não possuísse os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, § 3º, da Constituição, era Promotora de Justiça de Ministério Público estadual. Situação de exceção. Princípio da unidade do Ministério Público (art. 128, I e II, da CB/88). Princípio da igualdade (art. 5º da CB/88). A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. Ordem deferida.

1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

2. O Ministério Público Nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados.

3. No exercício das atribuições previstas nos arts. 109, § 3º, da Constituição e 78 e 79 da LC 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal.

4. A circunstância de a Impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da constituição.

5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de setembro de 2008 – Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de mandado de segurança impetrado por Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira contra ato do Procurador-Geral da República, na qualidade de Presidente da Comissão Examinadora do 23º Concurso Público para provimento de cargos de Procurador da República.

2. O pedido de inscrição definitiva da Impetrante foi indeferido por não ter ela comprovado o período de 3 (três) anos de atividade jurídica, qual impõe o art. 129, § 3º da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 45/04.

3. A Impetrante colou grau em 22 de janeiro de 2003, obtendo aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil no início daquele ano. Foi aprovada em junho de 2004 no concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Estado do Paraná, tomando posse em abril de 2005.

4. Alega que a autoridade coatora violou direito líquido e certo a sua participação no concurso público para Procurador da República, eis que possui todas as características necessárias para ingresso no cargo, “mesmo porque já exerce atividades delegadas desta função, ainda que na esfera estadual” (fl. 6).

5. Sustenta que o Ministério Público é uno, nos termos do disposto no art. 128, *caput*, I e II da Constituição do Brasil, de modo que seus membros são competentes para atuar em todas as funções inerentes à instituição, “inexistindo hierarquia entre eles, seja porque lhe foram delegados poderes ou investidos diretamente no cargo” (fl. 6).

6. Afirma que a exigência do art. 129, § 3º, da Constituição é inócua quando se trata de candidato que já faz parte da instituição e foi empossado em cargo para o qual o mesmo requisito é necessário, tendo cumprido, inclusive, o período de vitaliciamento.

7. Alega violação aos princípios constitucionais da finalidade, da razoabilidade e da igualdade.

8. Requer, liminarmente, a participação nas provas orais do certame. No mérito, pede a concessão da ordem para garantir sua habilitação para eventual posse e exercício no cargo.

9. Presentes os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, deferi a medida liminar para que a Impetrante participasse das provas orais.

10. A Impetrante requereu a extensão dos efeitos da liminar para garantir a posse no cargo, eis que aprovada em todas as fases do concurso.

11. O pedido de extensão da liminar foi deferido, em parte, apenas para assegurar a reserva de vaga à Impetrante (fls. 222/225).

12. A Procuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança. Isso porque a Impetrante não demonstrou três anos de atividade jurídica como advogada ou em cargo, emprego ou função privativa de bacharel em direito (fls. 242/252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A EC 45/04 alterou as regras atinentes ao ingresso nas carreiras da magistratura e do Ministério Público, exigindo dos candidatos três anos de atividade jurídica.

2. A aplicação dos novos preceitos a situações jurídicas consolidadas na legislação anterior a alteração de ordem constitucional pode gerar contradições a serem solucionadas mediante a edição das chamadas “regras de transição”¹.

3. Ausentes essas regras, a dúvida instalada em relação a uma daquelas situações demanda a prudente análise do caso concreto à luz do direito enquanto totalidade.

4. O presente *writ* gravita em torno de um desses casos especiais. A Impetrante é Promotora de Justiça do Estado do Paraná, empossada no cargo em abril de 2005.

5. Exerce atribuições inerentes a esse cargo, inclusive algumas do Ministério Público Federal, nos termos do disposto nos arts. 78 e 79 da Lei Complementar 75/93². Atua nas causas previdenciárias de competência das varas da justiça estadual em razão do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição do Brasil.

1. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. “Disposizioni transitorie”, in *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 309/235.

2. “Art. 78. As funções eleitorais do Ministério Público Federal perante os Juízes e Juntas Eleitorais serão exercidas pelo Promotor Eleitoral.

Art. 79. O Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona.”

6. O Ministério Público Nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. No exercício das atribuições mencionadas no item anterior, o Ministério Público estadual cumpre o papel do Ministério Público Federal.

7. A propósito, a observação de José Afonso da Silva: “a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados. Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava na Exposição de Motivos da Comissão Elaboradora dos Estudos e do Anteprojeto de que resultou a LC 40/1981, segundo a qual o Ministério Público é, em seus lineamentos básicos, *uma só instituição*, quer atue no plano federal, junto à Justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 595).

8. A circunstância de a Impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável.

9. Por outro lado - praticamente acrescentando o meu voto escrito, faço essa referência até para a taquigrafia -, eu diria agora que, na verdade, o Ministério Público sendo uma instituição única, posso perfeitamente interpretar a totalidade que a Constituição é para dizer que o ingresso na carreira do Ministério Público já houve, sim, no ano de 2005, em abril, quando a Impetrante foi empossada no cargo de promotora pública. O ingresso na carreira pode ser tomado nesse sentido também.

10. Além do mais, eu diria que - e aqui estou acrescentando o meu voto escrito também -, em relação à referência feita na manifestação do Subprocurador-Geral da República à eventual existência de bacharéis não membros do Ministério Público e a bacharéis membros do Ministério Público, para eventual acesso a concursos públicos, essa distinção não é incompatível com o princípio da igualdade. Porque nós sabemos, desde Platão a Aristóteles, que a igualdade consiste exatamente em tratar de modo desigual os desiguais. Então, eu diria que, nesse sentido, a igualdade está sendo perfeitamente prestigiada quando se abre um concurso para ingresso na carreira do Ministério Público e se dá um tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público, em relação àqueles que não são.

11. Por isso, Senhor Presidente, não vejo como impedir o acesso da Impetrante, que exerce o cargo de Promotora de Justiça no Estado do Paraná, já em caráter vitalício, ao Ministério Público Federal. Há, aqui, situação especial, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto da Constituição, no caso a EC 45/04.

12. Estamos aqui, Senhor Presidente, diante daquilo que V. Exa. mencionou, em um certo momento e ocasião, como um caso fronteiro, que reclama uma análise tópica. Eu diria, ainda acrescentando alguns subsídios ao meu voto escrito, que é numa situação como essa que fica muito clara a beleza e nobreza do ofício da interpretação do direito, interpretação do direito como construção da norma. Nós não somos meros leitores de textos normativos. Fôssemos meros leitores de textos normativos, bastaria a nós a alfabetização. Nós fazemos muito mais do que isso porque aqui integramos o ordenamento jurídico. Trabalhamos no segundo momento normativo, no espaço da dimensão normativa, distinto do espaço da dimensão legislativa.

Concedo a segurança para que a exigência de três anos de atividade jurídica não consubstancie óbice a sua habilitação ao exercício do cargo de procurador da república, operando-se de imediato a sua posse nesse cargo.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas um esclarecimento: ela teria entrado legitimamente no Ministério Público do Paraná.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não havia essa exigência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É interessante. E a norma da Constituição Federal se aplica ao Ministério Público como instituição una, ou seja, ao Ministério Público dito Federal e ao Estadual.

Meus cumprimentos pelo voto proferido, não vamos divergir!

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, queria só fazer uma pergunta ao eminente Relator ou ao advogado ou ao Procurador-Geral. Quando ela fez o concurso para a Procuradoria da República, já tinha dois anos de Ministério Público Estadual?

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): Quando efetivou a inscrição definitiva, que é o momento de aferição, ela tinha dois anos de Ministério Público Estadual.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E quando ela realizou o concurso para a Procuradoria da Justiça estadual, já tinha algum tempo de atividade jurídica?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Muito provavelmente não, mas era dispensado.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Sim, eu sei. Tinha?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): A atividade jurídica é aquela que o Procurador levantou, era assessoramento para promotor, que, no período da aprovação até a efetiva posse, ela buscou justamente se aperfeiçoar e pegar um pouco mais de experiência.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Naqueles cursos?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): Naquele curso e dando aula.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Então, efetivamente, ela não tinha esse prazo de um ano.

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): De acordo com a nova ordem interposta pelo Ministério Público, não.

O Sr. Ministro Menezes Direito: E o concurso no Ministério Público estadual foi feito antes da Emenda Constitucional 45?

O Sr. Jefferson Comeli (Advogado): Antes.

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): O concurso foi homologado me parece em outubro de 2004 e a Emenda Constitucional 45 é de dezembro de 2004.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O concurso é de junho de 2004, e ela foi empossada em abril de 2005.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Quando ela fez essa inscrição definitiva no Ministério Público Federal, já tinha a Emenda Constitucional 45?

O Sr. Roberto Monteiro Gurgel Santos (Vice-Procurador-Geral da República): Já que foi em abril de 2007 e a emenda é de dezembro de 2004.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Porque a interpretação do Ministro Eros Grau, pelo que estou verificando, é no sentido de que a carreira do Ministério Público é una. E, portanto, ela ingressando no Ministério Público...

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Talvez essa colocação seja um tanto quanto problemática, a vertente talvez mais fértil seja realmente a da excepcionalidade do caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: A situação da transição.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É claro que agora é una.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só para ponderar que problema relativo à unidade do ministério público não existe, porque o requisito hoje é extensivo ao Ministério Público estadual. O problema está na situação excepcional de uma fase de transição.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu vou chegar lá, vamos por etapas. A interpretação do Ministro **Eros Grau** é no sentido de que a carreira do Ministério Público é una; portanto, se a pessoa ingressa no Ministério Público e fica um ou dois anos pouco importa, porque ela poderá, porque passou no concurso, ingressar no outro Ministério Público Federal ou no Ministério Público de outro Estado.

Essa fundamentação, com o devido respeito...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não chego ao ponto de assentar que a carreira é única, não é isso. O Ministério Público revela unidade como instituição.

As carreiras são várias, porque senão a Impetrante não precisaria participar do concurso público para ingressar no federal.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Marco Aurélio**, estou dizendo exatamente isso.

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Se V. Exa. me permitir? Eu não estou usando como argumento fundamental esse da unidade do Ministério Público, que não é unidade de carreira; usei isso - vamos dizer assim - como artifício de argumentação.

O que estou dizendo é que aqui há uma situação muito especial, que colhe período em relação ao qual deveria haver uma regra de transição. Ela já está no

Ministério Público, mas não quero com isso dizer que não seja necessário concurso público. Nem de longe isso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Só um subsídio para raciocinar em voz alta. Penso que a unidade do Ministério Público, aí, entra como ingrediente do exame do requisito constitucional para caso excepcionalíssimo, ou seja, não se trata de sustentar que as carreiras sejam as mesmas, mas de reconhecer que, como há analogia entre as atividades do Ministério Público estadual e do Federal, isso pode ser critério decisivo para efeito de, examinando uma situação excepcional, reconhecer a habilitação decorrente do tirocínio, isto é, da experiência prática. Se ela foi reconhecida, segundo o regime então vigente num caso excepcional, como habilitada a exercer atividades no Ministério Público análogas às do Federal, é porque adquirira tirocínio suficiente para, num caso excepcional de transição, ser tida como habilitada e, portanto, dispensa do requisito de três anos. Porque este requisito de três anos é para efeito de tirocínio que já estava pressuposto na sua aprovação sob o regime anterior, sem receio de estabelecer aqui regra geral, como teme, aliás, fundadamente, a Procuradoria, porque o caso dela é um caso isolado. Hoje, esse problema já não existe, senão apenas para ela como um caso excepcional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que nós já tivemos uma situação bastante assemelhada, o Ministro Marco Aurélio há

de se lembrar, quando discutimos uma ação direta de inconstitucionalidade relativa a uma norma.

O Sr. Ministro Menezes Direito: ADI 3.460, Rel. Min. **Carlos Britto**.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É uma mais antiga em que se discutiu o tempo de serviço dos membros do Ministério Público do Trabalho para os fins de composição dos Tribunais Regionais do Trabalho. Havia uma norma do Ministério Público em que se afirmava que não havendo candidatos em número adequado...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Participariam da lista sêxtupla candidatos sem os dez anos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sem os dez anos. Então, o Tribunal excepcionou, tendo em vista que extraiu dessa regra também a necessidade, aquilo que o Ministro Eros acabou de chamar, de uma regra transitória; o tribunal acabou por embargos infringentes em reconhecer que havia essa necessidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A esta altura, Presidente, somente espero, porque senão teríamos de convocar o serviço médico, que a concursada não esteja presente!

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): V. Exa. me perdoe. Mais uma vez o Ministro Peluso diz exatamente o que eu gostaria de ter dito.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Agradeço de todas as maneiras as intervenções que foram feitas.

Então queria dizer que rejeito essa argumentação de que há unidade do Ministério Público e, também, essa interpretação de que seria analogia, no sentido de que as carreiras são unas e que existe essa circunstância aqui, ou ali, ou acolá. Isso eu não aceito. Entendo que temos de ter bem claro que não existe isso, as carreiras são distintas, os concursos são distintos e, evidentemente, o acesso deve preencher os requisitos da Constituição em cada momento.

Agora, nessa circunstância, que eu ia dizer, e é preciso isso ficar bem claro, nós estamos diante de um aspecto particular, que é a pessoa, que é a Impetrante, fazer um concurso público no momento em que a exigência para o acesso não tinha o prazo de três anos. Ou seja, quando ela fez o concurso para o Ministério Público estadual, não havia essa exigência. Ela ficou exatamente num momento de transição entre um regime e outro regime. Ela fez as provas com a medida liminar que foi deferida e alcançou o resultado positivo. Mas nessa circunstância precisa, considerando o período em que ocorreu, sem nenhuma racionalia no tocante à hermenêutica ou à questão da interpretação da unicidade da carreira, sem nenhuma necessidade de qualquer tipo de inter-

pretação, no caso concreto, excepcionalmente se pode reconhecer o direito da Impetrante em fazer o concurso do Ministério Público Federal, porque aquela exigência que hoje veio com a Emenda 45 não se aplicaria no momento em que ela fez o ingresso para o Ministério Público estadual. Numa palavra, o que estou dizendo é que nenhum raciocínio substitui o critério de excepcionalidade quanto ao julgamento do caso concreto.

Então, confinado nesse aspecto particular, defiro a ordem da segurança.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Senhor Presidente, eu não quis insistir nesse ponto, mas nós estamos mais uma vez diante de uma situação de exceção, quer dizer, aquela situação que precisa ser capturada para ser trazida para dentro do direito.

Eu me comprometo até, se porventura o meu voto for vencedor e eu vier a redigir o acórdão, em deixar bem claro que estamos diante de uma situação nitidamente de exceção.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, atento à brilhante sustentação do eminente Subprocurador-Geral da República, peço vênias para acompanhar o douto voto do Relator.

Entendo que, se aplicarmos rigorosamente as exigências da Emenda Constitucional 45, incidiria, no caso, o velho brocardo latino *summus ius, summa iniuria*. Estamos claramente, como mostrou o Ministro Eros Grau, diante de uma situação absolutamente excepcional, em que temos de aplicar o princípio da razoabilidade.

Portanto, nesse sentido, defiro a ordem também acompanhando o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, para mim, é muito simples, a candidata não preenchia as exigências na data da inscrição.

Por essa razão, indefiro a ordem, pedindo vênias aos que votam em sentido contrário.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, de fato, as teses aqui agitas são muito interessantes.

Quando o Ministro Eros Grau falou de Aristóteles, na conhecida máxima de que “a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, e que Rui Barbosa aperfeiçoou acrescentando, “na medida em que se igualam ou na medida em que se desigalam”, também me lembrei de Ortega y Gasset para quem “todos nós somos o produto das nossas circunstâncias”, o mais das vezes é isso mesmo, o direito é orteguiano.

É preciso atentar para o caso concreto; e este caso me parece dotado de peculiaridades que exigem também uma decisão peculiar.

Impressiona-me a intervenção dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, depois secundados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que houve uma transição. Isso me impressionou muito.

A candidata quando fez o concurso o que se exigia como requisito de inscrição era apenas o lapso de dois anos; agora o Procurador-Geral intervém para dizer que “não, àquela época o prazo já era de três anos”.

Mas reporto-me, sim, ao regime jurídico do Ministério Público que, do ponto de vista constitucional, é um Regime Jurídico Único. O regime jurídico constitucional do Ministério Público Federal é um só. Isso no plano da autonomia técnica, administrativa, da capacidade de propor seu orçamento; do ponto de vista das vedações, das garantias, do ângulo das funções institucionais inscritas no art. 129.

O fato é este: tudo que a Constituição diz para o Ministério Público é considerando-o como funcionalmente uno, digamos assim, claro que organicamente, não. No próprio âmbito da união, há Ministério Público do Trabalho etc. Ninguém pode desconsiderar o Ministério Público dos Estados, do Distrito Federal e Territórios nos termos da Constituição. Porém, a regra dos três anos de que fala a Constituição também é para todo o Ministério Público, na perspectiva da unidade de regime jurídico para todo o Ministério Público. E a razão de ser do § 3º do art. 129 da Constituição, após a Emenda 45, é exigir como requisito de ingresso na carreira do Ministério Público maior experiência, tirocínio, conhecimento. E, se interpretarmos, portanto, o § 3º finalisticamente, ocorre-nos a peculiaridade do caso.

Hoje, a Impetrante tem os três anos, mais de três anos; então, a experiência que o § 3º do art. 129 exige para o ingresso já foi alcançada. O tirocínio e o conhecimento também estão presentes, porque ela já passou em dois concursos específicos do Ministério Público e exerce a função ministerial pública há mais de três anos. Quer dizer, uma interpretação teleológica, finalística, do §

3º abona a tese central do mandado de segurança no sentido do reconhecimento de que ali há, de fato, direito líquido e certo a preservar por esta Corte.

Depois, Senhor Presidente, quando discutimos a ADI 3.460, de minha relatoria, agitei duas idéias, uma foi vencida e a outra não se tornou objeto de uma centrada decisão do Tribunal.

A tese que defendi, à luz do § 3º do art. 129, que se tornou vencida foi a seguinte:

O substantivo “ingresso na carreira” significaria a posse, porque só se ingressa com a posse. Não se ingressa na carreira nem no momento da inscrição, nem no momento da aprovação do concurso, nem no momento da nomeação, ainda não se deu o ingresso.

Art. 129 (...)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público (...).

O ingresso na carreira somente se perfaz com a posse. Mas essa minha tese foi vencida. O Tribunal entendeu que o ingresso se daria no momento da inscrição. A prova do exercício de atividade jurídica por pelo menos três anos se faria no momento da inscrição, eu fui voto vencido.

Eu agitei outra idéia que não foi objeto de decisão e que, talvez, nos sirva agora pelo menos de adinículo, de subsídio, de alguma achega para a formatação da decisão que, afinal, devemos proferir.

Disse naquela oportunidade - e repito agora - que não há confundir “calendário civil” com “calendário forense”. O “calendário civil” é de 365 dias, não necessariamente o “calendário forense”. O profissional do direito não precisa provar que tem três anos de experiência em atividade jurídica multiplicando 365 por três para se alcançar 1.095 dias; basta que ele atue como profissional do direito em três “calendários forenses”, em três anos forenses; três anos forenses não são três anos civis. E me parece que a nossa profissão abona esse tipo de distinção entre “calendário forense” e “calendário civil”.

Neste caso, o mandado de segurança teria também de ser provido, porque o fato é que ela já atuou em pelo menos três calendários forenses, demonstrando, portanto, não apenas conhecimento técnico, tirocínio, como experiência para o exercício da função ministerial pública.

Tenho, para mim, que, na linha do voto do Ministro Eros Grau, estamos aqui exercitando a interpretação como uma técnica de descoberta construção - vou um pouco além, não fico só na construção - da norma constitucional de que precisamos para resolver este caso, a comprovar que o juiz não é mesmo uma espécie de traça de processo, de ácaro de processo, ele é um ser do mundo

e tem de atentar para a vida tal como a vida se nos dá, sempre cambiante, surpreendente, novidadeira, a exigir muitas vezes uma solução exclusiva para o caso. O caso é tão importante que pede uma decisão exclusiva para ele, afeita à singularidade dele, às peculiaridades dele.

Com essa intervenção, acompanho o voto do eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também quero acentuar, em primeiro lugar, o caráter excepcional do caso, que é residual da fase de transição de regimes constitucionais.

Quanto às condições de ingresso na carreira, a regra constitucional da Emenda 45 introduziu regime unitário exatamente para evitar contradições como estas que ressaltam da hipótese. Contradições por quê? Porque, primeiro, há indiscutivelmente unidade substancial entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público estadual, não identidade. Não se trata de uma única organização, mas de organizações que têm princípios comuns e que, portanto, merecem, sobretudo em relação ao ingresso, mas também em outros aspectos, como prerrogativas etc., um tratamento unitário.

Por via de consequência, essa unitariedade decorre também do fato de que têm evidentemente funções analógicas. A natureza das atividades específicas, por exemplo, no crime, tanto na esfera federal, como na estadual, é basicamente a mesma.

Em terceiro lugar, eles têm competências comuns, isto é - ficou bem acentuado na petição inicial e na argumentação da Impetrante -, na verdade, tanto o Ministério Público estadual como o Ministério Público Federal exercem as mesmíssimas atividades, por exemplo, na Justiça Eleitoral, seja em relação a ações civis públicas etc. Ou seja, é a mesma a competência exercitável por membros de ambas as organizações.

Por essas razões, parece-me, em primeiro lugar, que não há nenhum fundamento para o receio manifestado pela Procuradoria quanto ao tratamento diferenciado e, de certo modo, injusto de candidatos, porque se trata de um caso residual da fase de transição e que, hoje, já não tem sentido, porque todos são tratados igualmente.

O que me permite dizer que a interpretação no art. 129, § 3º, é estrita, no sentido de que, hoje, quando se exigem os três anos, se exigem do bacharel, isto é, daquele que não é membro do Ministério Público, pois, para quem é membro do Ministério Público, a exigência não existe, enquanto sujeito ao mesmo regime e, portanto, já provado esse tirocínio de três anos no Ministério Público de origem.

Então, neste caso, ela está na condição de membro do Ministério Público, e não na condição de bacharel.

Como já justifiquei antes, por se tratar de caso excepcional e do qual, portanto, não vamos extrair nenhuma regra de caráter geral aplicável a outras hipóteses, porque é um caso de transição, o requisito constitucional do tirocínio, da habilitação prática para o exercício da função, já estava preenchido.

Eu até diria, pedindo vênias, não sem respeito, que o Ministério Público parece que está muito pródigo dispensando candidatas tão bons.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também faço minhas as palavras que foram inicialmente do eminente Subprocurador-Geral e agora são, de certa forma, reforçadas pela afirmação do Ministro Cezar Peluso de que, ao que tudo indica, a candidata é altamente qualificada para exercer tanto essa quanto outras funções públicas. No entanto, entendo, com a vênias do eminente Relator e dos colegas que o acompanham, que quem se submete a um concurso público submete-se às normas vigentes à época da sua realização, inclusive ao respectivo edital. Como bem esclarecido pelo Subprocurador-Geral, há declaração formal feita pela candidata no sentido de que conhecia e acatava a exigência de três anos de efetiva experiência profissional.

Se houvesse essa fungibilidade entre as carreiras, que são diversas e que chegou num determinado momento a ser aventada, não seria sequer necessária a realização de um novo concurso público, porque, sendo um só Ministério Público, passar-se-ia do estadual para o Federal, sem necessidade do concurso público.

O objetivo buscado por meio da alteração introduzida pela Emenda 45 é exatamente este de que o certame não seja acessível, ou seja limitado a candidatos que tenham efetiva experiência jurídica propriamente dita, não experiência em cursos de aperfeiçoamento, nem em assessorias informais, mas experiência jurídica plena.

E, neste caso, no caso concreto, verificamos que, quando se submeteu ao concurso do Ministério Público Federal, a candidata contava com dois, não três anos de prática, ou de exercício no Ministério Público estadual. Essa é a realidade.

Com todas as vênias, entendo que a solução diversa nega vigência à alteração trazida pela Emenda 45. Por isso, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa para denegar a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, começo não por potencializar a interpretação gramatical, verbal do § 3º do art. 129, que, inegavelmente, é a que mais seduz, porque alcançada ao primeiro olhar, mas por compreender o preceito como voltado a uma finalidade.

O parágrafo inicia com a expressão "o ingresso". A jurisprudência, antes de se cogitar dessa expressão, sempre foi no sentido, presidente, de exigir-se o atendimento dos requisitos constantes do edital na data da posse. É que, em última análise - e nada surge sem uma causa -, visam ao exercício do cargo para o qual é feito o concurso.

O outro aspecto diz respeito ao gênero, não espécie, "atividade jurídica". Não cabe cogitar de assunção de cargo, de função privativa de bacharel, mas apenas perquirir se o candidato esteve na seara jurídica a exercer qualquer atividade. O leque é enorme, inclusive compreendendo a assistência envolvida no caso concreto, a assistência junto a uma promotoria pública - creio - de São Paulo. O leque - repito - é enorme a revelar o que se pode ter como enquadrável em "atividade jurídica".

Sob o ângulo constitucional, não havia, até a Emenda 45/04, a exigência de um certo tempo de atividade jurídica. Tinha-se:

O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

Tout court. A exigência, creio, era da lei complementar e não da Constituição.

Presidente, anotei algumas datas e, como, no passado, fui um candidato à engenharia - fazendo o científico, e não o clássico -, chegando a cursar vestibular para ingresso em faculdade de engenharia, parti dessas datas.

E, não ficou vencido apenas o Ministro Carlos Ayres Britto - creio que, por coerência, devo ter acompanhado S. Exa. quanto à inexigência do atendimento aos critérios na data do ingresso -, concluí que, na data do ingresso - por isso questionei o ilustre Vice-Procurador-Geral da República sobre o dia da posse dos concursados -, a Impetrante já tinha três anos e dois meses de atividade jurídica. Não considerei o curso que ela fez como aluna. Considerei, sim, haver ministrado - e quem ministra exerce uma atividade, gênero, "jurídica" - noções de direito para aqueles que desejavam se apresentar como candidatos a concursos públicos na grande seara em que atuamos.

O que temos, Presidente? Quem sou eu para discutir com o douto Ministro lógica, princípios lógicos. Mas cabe até mesmo trazer à balha o princípio do terceiro excluído.

Não posso conceber que alguém que ingressou legitimamente no Ministério Público, embora no estadual, em passo seguinte, levando em conta uma norma que passou a constar da lei maior, não tenha condições para ingressar no Federal. Não poderia, seria inclusive um absurdo, tomar de empréstimo a Emenda 45/04, essa exigência de três anos de atividade jurídica, para, se fosse o mandado de segurança uma ação de mão dupla, dizer que a Impetrante teria de ser, até mesmo, destituída do cargo do Ministério Público estadual.

Ora, se, na espécie, e cada processo é um processo, ela, à época em que se inscreveu, à época em que apresentou a inscrição definitiva, já guardava a condição de integrante do Ministério Público, não se pode, a meu ver, cogitar - e aqui não estou mesclando carreiras, estou apenas observando o Ministério Público como uno - que estaria, ante o questionamento sobre os três anos, impossibilitada de ingressar no Ministério Público Federal.

Creio que deixamos, com essa decisão, até mais tranqüilo o Ministério Público, porque o ilustre Vice-Procurador-Geral da República, que nos assiste, lançou o vocábulo "lamento", porque seria uma perda. Seria uma perda para a União, para o Ministério Público Federal simplesmente dizer-se que estaria ela habilitada, ante o quesito temporal, a continuar no Ministério Público estadual, mas não a ingressar no Federal.

Reafirmo, Presidente, que a interpretação é acima de tudo um ato de vontade e que aprendi, desde cedo, nessa missão sublime de julgar, antes de considerar a norma, considerar o caso concreto, considerar a controvérsia e levar em conta, acima de tudo, não a ciência angariada com o passar dos anos como estivador do direito, mas a formação humanística.

Ao ouvir o relato do Ministro Eros Graus - e fiquei muito tranqüilo posteriormente quando S. Exa. puxou o voto pela concessão da ordem -, formei o convencimento de que encontraria base legal, base constitucional para implementar, na espécie, considerados os parâmetros especialíssimos do caso concreto, a almejada justiça e é o que faço deferindo a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, quando a questão foi esboçada, eu me lembrei do julgamento já aqui recordado, realizando quando da aplicação da Emenda 45 a propósito do tema. Eu filiei-me à corrente mais ortodoxa que recomendava a contagem do prazo a partir de um dado momento certo, o momento da inscrição, que a Ministra Cármen Lúcia recomendou isso, tendo em vista o quadro de insegurança jurídica que se verificava e que se verifica, e também nós percebemos, alguns dos votos pelo menos roçaram esse aspecto, que o próprio constituinte perseguia aqui um critério também de alguma experiência ligada à maturidade, tanto é que não

associou às experiências prévias. De modo que um estudante que terminasse o curso aos vinte e um anos e logo ingressasse em alguma atividade jurídica só lograria preencher as condições a partir dos vinte e quatro anos. Nós temos visto as reclamações todas existentes por conta de alguma imaturidade de agentes que revelam certa habilidade ou inequívoca habilidade intelectual, mas que não têm a maturidade para o exercício de funções que são extremamente complexas.

Foi todo esse ambiente, foi todo esse cenário que levou o Tribunal a fixar, com as vênias devidas ao eminente Ministro Relator nesse aspecto específico.

Mas é claro, conforme já foi destacado aqui nas diversas manifestações, as normas, na sua aplicação, preparam as suas armadilhas. Não é por acaso que a própria jurisprudência desenvolveu, ao longo dos anos, a tese da proporcionalidade *in concreto*, a idéia de fazer a justeza, a aplicação no caso concreto, fazendo, portanto, um juízo que permite exatamente o que o Tribunal está a fazer que a despeito de se entender que a norma é proporcional, atende a um requisito de proporcionalidade *in abstracto*, também há que se fazer um juízo *in concreto*.

Eu lembro-me, por exemplo, que o Ministro Pertence invocou essa idéia quando, no caso do Plano Collor, deixou de conceder a cautelar, mas disse, o juiz, no caso concreto, deverá examinar se a não-concessão – na verdade, nós estávamos no Plano Collor diante de uma norma que vedava a concessão de cautelar em relação a todas as providências pensadas no chamado “projeto ou Plano Collor”. Ele deixou, e o Tribunal acabou por referendar essa posição, de conceder a liminar, como advogavam alguns Ministros, mas disse, o juiz poderá examinar, no caso concreto, se essa vedação nega a prestação jurisdicional efetiva. Portanto, fez um juízo de proporcionalidade *in concreto*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que é a proporcionalidade substancial, em substância.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Substancial. E eu me lembrei – os Senhores não de se recordar – deste outro caso que foi o julgamento da ADI 1.289-El, na época em que ainda se aceitavam os embargos infringentes, um caso bastante curioso, porque a Constituição exigiu dos procuradores do trabalho que tivessem dez anos no cargo para que pudessem concorrer à composição dos Tribunais Regionais do Trabalho. Mas, diante da realidade, diante da proliferação de Tribunais Regionais do Trabalho, da multiplicação de vagas, o próprio Ministério Público, o conselho do Ministério Público viu-se diante de uma situação singular, não havia tantos candidatos que preenchi- am esse requisito dos dez anos. Então, ele flexibilizou, desde que esses candidatos já estivessem vitaliciados, era possível.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Mas, aí, o princípio aplicado é o *ad impossibilia nemo tenetur*; é outro princípio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, isso foi discutido, mas eu vou chamar a atenção para esse aspecto, porque o Tribunal, inicialmente – por isso foi que houve embargos infringentes –, declarou a inconstitucionalidade dessa norma, o que envolvia até mesmo a retirada dessas pessoas, que algumas delas já haviam sido até Presidentes de Tribunais e que voltariam para o Ministério Público para se tornar os mais antigos naquela casa, que geraria, realmente, uma situação de grande injustiça. Mas esse era um caso específico, em que o Tribunal fez uma exceção ou fez uma ressalva ao texto constitucional, dizendo a regra é esta, agora, essa regra pode reclamar uma complementação ou uma lacuna.

Então, neste caso, que vou pedir para juntar, fiz uma série de considerações sobre aquilo que marca a jurisdição constitucional e a interpretação constitucional. Há um texto notável do Professor Zagrebelsky (Direito Dúctil), que diz exatamente o seguinte:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusiva ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

(Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 13.)

Em seguida, observa aquele eminente professor:

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a “concordância prática” das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. “Positivamente”: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.

(Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 16.)

Aí, ele diz o seguinte:

Conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o “pensamento do possível”.

E diz isto numa passagem que é notável:

Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de que seja abandonada a soberania de um único princípio político dominante, de onde possam ser extraídas, dedutivamente, todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do *aut-aut*, do “ou dentro ou fora”. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do *et-et* e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (*Möglichkeitsdenken*), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação.

(Zagrebel'sky, *El derecho dúctil*, cit., p. 17.)

Em verdade, talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos, entendendo ser o “pensamento jurídico do possível” expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta (Häberle, P. *Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken*, in: *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/TS, 1980. p. 9).

Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se em uma “teoria constitucional da tolerância” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6). Daí perceber-se também que “alternativa enquanto pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica enquanto força produtiva de interpretação” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 7).

Nessa linha, observa Häberle, “para o estado de liberdade da *res publica* afigura-se decisivo que a liberdade de alternativa seja reconhecida por aqueles que defendem determinadas alternativas”. Daí ensinar que “não existem

apenas alternativas em relação à realidade, existem também alternativas em relação a essas alternativas” (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 6).

E prossigue para dizer:

O pensamento do possível tem uma dupla relação com a realidade. Uma é de caráter negativo: o pensamento do possível indaga sobre o também possível, sobre alternativas em relação à realidade, sobre aquilo que ainda não é real. O pensamento do possível depende também da realidade em outro sentido: possível é apenas aquilo que pode ser real no futuro (*Möglich ist nur was in Zukunft Wirklich sein kann*). É a perspectiva da realidade (futura) que permite separar o impossível do possível. (Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, cit., p. 10.)

Então, eu fazia essas considerações naquele voto para referendar o voto do Ministro Carlos Velloso, que chancelava como constitucional aquela norma do conselho do Ministério Público que permitia, entendia válida naquelas condições e tendo em vista aquele quadro excepcional. Portanto, é como se reconhecêssemos a existência de uma cláusula transitória não escrita, tendo em vista esses critérios de proporcionalidade, tendo em vista tudo o que já foi dito.

Nessa linha, também, eu ainda citava Perelman, nesta notável passagem em *Lógica jurídica*, enveredando para um outro caminho das chamadas lacunas constitucionais, que é o problema de que estamos a tratar. Nesta passagem que é belíssima, diz ele:

Durante a guerra de 1914-1918, como a Bélgica estava quase toda ocupada pelas tropas alemãs, com o Rei e o governo belga no Havre, o Rei exercia sozinho o poder legislativo, sob forma de decretos-leis.

A impossibilidade de reunir as Câmaras, em consequência da guerra, impedia incontestavelmente que se respeitasse o artigo 26 da Constituição (o Poder Legislativo é exercido coletivamente pelo Rei, pela câmara dos Representantes e pelo Senado). Mas nenhum dispositivo constitucional permitia sua derrogação, nem mesmo em circunstâncias tão excepcionais. O artigo 25 enuncia o princípio de que os poderes “são exercidos da maneira estabelecida pela Constituição”, e o artigo 130 diz expressamente que “a Constituição não pode ser suspensa nem no todo nem em parte” - (A. Vanwelkenhuyzen, *De quelques lacunes du droit constitutionnel belge*, em *Le problème des lacunes en droit*, p. 347).

Foi com fundamento nestes dois artigos da Constituição que se atacou a legalidade dos decretos-leis promulgados durante a guerra,

porque era contrária ao artigo 26 que precisa como se exerce o poder legislativo.

(PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 105.)

Perelman responde à indagação sobre a legitimidade da decisão da Corte, com base nos argumentos do Procurador-Geral Terlinden. É o que lê na seguinte passagem do seu trabalho:

Como pôde a Corte chegar a uma decisão manifestamente contrária ao texto constitucional?

Portanto, a Corte validou os decretos-leis sem respaldo na Constituição, que expressamente vedava uma decisão única, monocrática do Rei.

Para compreendê-lo, retomemos as conclusões expostas antes do aresto pelo Procurador-Geral Terlinden, em razão de seu caráter geral e fundamental:

Uma lei sempre é feita apenas para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível, pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas. Explica-se assim que, embora a jurisprudência possa estender a aplicação de um texto, há limites a esta extensão, que são atingidos toda vez que a situação prevista pelo autor da lei venha a ser substituída por outras fora de suas previsões.

Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever.

Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade.

Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos. (*Vanwelkenhuysen, Le problème des lacunes en droit*, cit., pp. 348-349).

(...)

(Perelman, *Lógica jurídica*, cit., p. 106.)

Nessa linha, conclui Perelman:

Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição, o acórdão da corte de cassação teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de cassação introduz uma lacuna na constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas “pela força dos acontecimentos”, “por força maior”, “pela necessidade” (Perelman, *Lógica jurídica*, cit., p. 107.)

Aí, digo o seguinte:

Não é difícil encontrar exemplos do pensamento do possível na rica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não raras vezes assentada na eventual configuração de uma omissão ou lacuna constitucional. São exemplos notórios desse pensamento as decisões do Tribunal que reconheceram a existência de uma “situação jurídica ainda constitucional” relativamente a algumas normas aplicáveis às defensorias públicas.

De certa forma, o precedente firmado no RE Criminal 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, parece aquele que, entre nós, melhor expressa essa idéia de omissão ou lacuna constitucional apta a justificar interpretação compreensiva do texto constitucional e das situações jurídicas pré-constitucionais.

A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a versão brasileira do “pensamento constitucional do possível”:

Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência.

Este é um ponto importante para que possamos realçar o que estamos a julgar aqui, como já foi destacado.

Dizia S. Exa., então:

De que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de

realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada – subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 Código de Processo Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o Plenário no RE 135.328.

E, neste voto notável, histórico, dizia o Ministro Sepúlveda Pertence:

O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos [já superamos isso; o voto é anterior a essa nova orientação do tribunal] ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais – além dos notórios inconvenientes que geram – fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

Com essas considerações, Senhores Ministros, eu também...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esse texto que V. Exa. leu é do Ministro Sepúlveda Pertence?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Do Ministro Sepúlveda Pertence, neste recurso extraordinário, em que o Tribunal, a despeito de reconhecer que o art. 68 do Código de Processo Penal, que previa que o Ministério Público poderia atuar na defesa do interesse.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não seria mais harmônico com a Constituição admitirmos, portanto, a inconstitucionalidade sucessiva.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Admitiu a manter-se, porque não cabia ao Ministério Público fazer a defesa dos desvalidos da assistência judiciária. E o art. 68 prevê expressamente que o Ministério Público represente os desvalidos, as vítimas no caso de danos decorrentes de crimes.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu tenho visto essa Lógica do Pensamento Possível com o nome de Lógica Paraconsistente, que é uma tentativa de conciliação do aspecto formal aristotélico, lógico, formal, com a funcionalidade, com a exigência do caso concreto. Newton da Costa, filósofo brasileiro, trabalha bem com isso, e Miro Quesada, também, do Peru.

A Lógica Paraconsistente não é uma negação da lógica formal, mas tenta conciliar a lógica formal com as peculiaridades do caso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, fiz referência a isso em meu voto, embora talvez sem deixá-lo claro, mas que corresponde ao contexto de todo o raciocínio que V. Exa. está expondo e é, agora, apoiado pelo Ministro Carlos Britto.

No fundo, trata-se de adotar interpretação que não leve a um absurdo, como seria o de retirar a competência do Ministério Público e não dá-la a ninguém. E, neste caso, aqui, temos absurdo de igual nível. Qual é? É uma contradição inconcebível. Qual foi a finalidade da Emenda Constitucional 45? Foi estabelecer regime unitário que excluísse toda possibilidade dessa contradição.

Como é que alguém que é Ministério Público do Estado não pode exercercargo no Ministério Público da União, e vice-versa? E é exatamente esse caso. Nós temos uma contradição. Como é que alguém que está habilitado a exercer funções do Ministério Público nos Estados não pode, sob pretexto de falta de tirocínio, exercê-las no âmbito federal?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É o de experiência, ou coisa que o valha.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há um princípio secular - o do terceiro excluído: ou uma coisa é, ou não é. Não há campo para o meio-termo. O Ministério Público é uno.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, com essas brevíssimas considerações, apenas resgatei da memória essas reflexões que já haviam sido desenvolvidas aqui, acompanho e saúdo o voto do eminente Ministro Relator, ressaltando as belíssimas sustentações também aqui desenvolvidas por parte do representante da Impetrante, também do membro do Ministério Público.

EXTRATO DA ATA

MS 26.690/DF – Relator: Ministro Eros Grau. Impetrante: Lyana Helena Joppert Kalluf Pereira (Advogados: João Casillo e outros). Impetrado: Procurador-Geral da República.

Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu a segurança, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falaram, pela Impetrante, o Dr. Jefferson Comeli e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de setembro de 2008 – Luiz Tomimatsu, Secretário.