

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	:PARTIDO POPULAR SOCIALISTA
ADV.(A/S)	:RENATO CAMPOS GALUPPO
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPUBLICA - ANPR
ADV.(A/S)	:ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Membros do Ministério Público. Vedação: art. 128, § 5º, II, “d”. 2. ADPF: Parâmetro de controle. Inegável qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), dos princípios protegidos por cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e dos “princípios sensíveis” (art. 34, VII). A lesão a preceito fundamental configurar-se-á, também, com ofensa a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a um desses princípios. Caso concreto: alegação de violação a

ADPF 388 / DF

uma regra constitucional – vedação a promotores e procuradores da República do exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 128, § 5º, II, “d”) –, reputada amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Configuração de potencial lesão a preceito fundamental. Ação admissível.

3. Subsidiariedade – art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. Meio eficaz de sanar a lesão é aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. No juízo de subsidiariedade há de se ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Relevância do interesse público como critério para justificar a admissão da arguição de descumprimento. Caso concreto: Institucionalização de prática aparentemente contrária à Constituição. Arguição contra a norma e a prática com base nela institucionalizada, além de atos concretos já praticados. Controle objetivo e subjetivo em uma mesma ação. Cabimento da ADPF. Precedentes.

4. Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que disciplina o exercício de *“cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”*. Derrogação de disposições que reiteravam a proibição de exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício de *“de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional”* (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º), pela Resolução 72/2011. Ato fundado em suposta *“grande controvérsia”* doutrinária sobre a questão, a qual colocaria *“em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria pelo”* CNMP. Norma derogadora que inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para o exercício de funções no Poder Executivo por membros do MP. Flagrante contrariedade à Constituição Federal. Vedação a promotores de Justiça e procuradores da República do exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 128, § 5º, II, “d”). Regra com uma única exceção, expressamente enunciada – *“salvo uma de magistério”*. Os ocupantes de cargos na Administração Pública Federal, estadual,

ADPF 388 / DF

municipal e distrital, aí incluídos os ministros de estado e os secretários, exercem funções públicas. Os titulares de cargos públicos exercem funções públicas. Doutrina: “Todo cargo tem função”. Como não há cargo sem função, promotores de Justiça e procuradores da República não podem exercer cargos na Administração Pública, fora da Instituição. 5. Art. 129, IX, da CF – compete ao MP “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”. Disposição relativa às funções da instituição Ministério Público, não de seus membros. 6. Licença para exercício de cargo. A vedação ao exercício de outra função pública vige “*ainda que em disponibilidade*”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste. 7. Comparação com as vedações aplicáveis a juízes. Ao menos do ponto de vista das funções públicas, a extensão das vedações é idêntica. 8. Cargo *versus* função pública. O que é central ao regime de vedações dos membros do MP é o impedimento ao exercício de *cargos* fora do âmbito da Instituição, não de *funções*. 9. Entendimento do CNMP afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhes densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos. 10. Art. 128, § 5º, II, “d”. Vedação que não constitui uma regra isolada no ordenamento jurídico. Concretização da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. A independência do *Parquet* é uma decorrência da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, 11. Ação julgada procedente em parte, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, do CNMP. Outrossim, determinada a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento.

ACÓRDÃO

ADPF 388 / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas: **(a)** por maioria, deliberar pelo início da votação após a leitura integral do voto do Relator, vencido Marco Aurélio que se manifestou pelo julgamento das preliminares antes do mérito; **(b)** por unanimidade, apreciar diretamente o mérito da ação, superando o pedido de medida liminar (ausente, justificadamente, na ocasião, Marco Aurélio, que havia, em voto antecipado, indeferido a liminar por questão instrumental); **(c)** por maioria, conhecer da arguição, vencidos Marco Aurélio e, em menor extensão, Edson Fachin; e, **(d)** no mérito, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar procedente, em parte, a ação para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da Instituição, salvo o de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP -, bem assim determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias da ata da publicação deste acórdão.

Brasília, 9 de março de 2016.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

ADPF 388 / DF

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	:PARTIDO POPULAR SOCIALISTA
ADV.(A/S)	:RENATO CAMPOS GALUPPO
INTDO.(A/S)	:PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONAMP
AM. CURIAE.	:ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPUBLICA - ANPR
ADV.(A/S)	:ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
AM. CURIAE.	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Partido Popular Socialista (PPS) propôs arguição de descumprimento de preceito fundamental contra o Decreto de 2 de março de 2016, da Presidente da República. O ato nomeou o procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Wellington César Lima e Silva, ao cargo de Ministro de Estado da Justiça.

ADPF 388 / DF

Sustentou que a nomeação de membro do Ministério Público ao cargo de Ministro de Estado violaria os preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Argumentou que o Ministério Público é uma instituição independente em relação ao Poder Executivo incumbida, dentre outras tarefas, da fiscalização do Poder. Alegou que, para assegurar a separação entre Ministério Público e Poder Executivo e afirmar a independência institucional do *Parquet*, a Constituição Federal vedou a promotores de Justiça e procuradores da República o exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 128, § 5º, II, “d”). Acrescentou haver violação à forma federativa de estado – art. 60, § 4º, I – na medida em que membro de poder de unidade da federação passaria a ocupar cargo diretamente subordinado à Presidência da República. Aduziu que, com a nomeação, os preceitos invocados foram vulnerados, sendo urgente fazer cessar a violação à Constituição Federal.

Requeru medida cautelar para suspender os efeitos da nomeação do procurador de Justiça Wellington César Lima e Silva ao cargo de Ministro de Estado da Justiça ou, se já empossado, para afastá-lo do exercício. No mérito, pediu a desconstituição da nomeação do Procurador de Justiça para o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Em aditamento à petição inicial, o PPS ampliou o objeto da demanda (eDOC 7). Narrou que a Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que “disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”, continha disposições que reiteravam a proibição de exercício de “qualquer outra função pública, salvo uma de magistério” (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício de “de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional” (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º). No entanto, o Conselho teria passado a entender que a vedação constitucional não alcançava cargos de secretário em administrações estaduais e municipais e de

ADPF 388 / DF

ministro de estado. Narrou que, em razão da mudança de interpretação, o CNMP editou a Resolução 72/2011, que revogou os mencionados artigos 2º a 4º da Resolução 5/2006. Sustentou que a revogação das vedações pela Resolução 72/2011 ofende os preceitos fundamentais que dão causa ao pedido inicial.

Pediu a pronúncia da inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, declarando-se que membros do Ministério Público não podem exercer cargos na Administração Pública. Requereu medida liminar para suspender os efeitos da Resolução 72/2011, até o julgamento da demanda.

Os ministérios públicos dos estados de São Paulo (eDOC 13), Mato Grosso (eDOC 27) e Espírito Santo (eDOC 29), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP – e a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR – (eDOC 15) requerem ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

O Procurador-Geral da República pugnou pelo não conhecimento da ADPF ou, subsidiariamente, por sua improcedência (eDOC 29).

O ingresso dos *amici curiae* foi deferido.

É o relatório.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental é cabível.

No que se refere ao **parâmetro de controle**, é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifiquem o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico.

Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis” cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos estados-membros (art. 34, VII).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de *unidade da Constituição* (*Einheit der Verfassung*) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um *engessamento* da ordem constitucional, obstando a introdução de qualquer mudança de maior significado. (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und*

ADPF 388 / DF

Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, cit., p. 244)

Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva.

Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, ao invés de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos. (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 244)

Por isso, após reconhecer a possibilidade de que se confira uma interpretação ao art. 79, III, da Lei Fundamental alemã que não leve nem ao engessamento da ordem constitucional, nem à completa nulificação de sua força normativa, afirma Bryde que essa tarefa é prenhe de dificuldades:

“Essas dificuldades residem não apenas na natureza assaz aberta e dependente de concretização dos princípios constitucionais, mas também na relação desses princípios com as concretizações que eles acabaram por encontrar na Constituição. Se parece obrigatória a conclusão de que o art. 79, III, da Lei Fundamental não abarcou todas as possíveis

ADPF 388 / DF

concretizações no seu âmbito normativo, não se afigura menos certo que esses princípios seriam despidos de conteúdo se não levassem em conta essas concretizações. Isso se aplica sobretudo porque o constituinte se esforçou por realizar, ele próprio, os princípios básicos de sua obra. O princípio da dignidade humana está protegido tão amplamente fora do âmbito do art. 1º, que o significado da disposição nele contida acabou reduzido a uma questão secundária (defesa da honra), que, obviamente, não é objeto da garantia de eternidade prevista no art. 79, III. Ainda que a referência ao 1º não se estenda, por força do disposto no art. 1º, III, a toda a ordem constitucional, tem-se de admitir que o postulado da dignidade humana protegido no art. 79, III, não se realiza sem contemplar outros direitos fundamentais. Idêntico raciocínio há de se desenvolver em relação a outros princípios referidos no art. 79, III. Para o Estado de Direito da República Federal da Alemanha afigura-se mais relevante o art. 19, IV (garantia da proteção judiciária), do que o princípio da proibição de lei retroativa que a Corte Constitucional extraiu do art. 20. E, fora do âmbito do direito eleitoral, dos direitos dos partidos políticos e dos chamados direitos fundamentais de índole política, não há limite para a revisão constitucional do princípio da democracia". (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 245)

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das *garantias de eternidade* só será obtido mediante esforço hermenêutico. Somente essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

Tal como enunciado normalmente nas chamadas "cláusulas

ADPF 388 / DF

pétreas”, os princípios merecedores de proteção parecem despidos de conteúdo específico.

Que significa, efetivamente, “separação de Poderes” ou “forma federativa”? Que é um “Estado Democrático de Direito”? Que significa “proteção da dignidade humana”?

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio e sempre à luz de um caso concreto.

Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de constituição estadual em face dos chamados “princípios sensíveis” (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes em lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas:

“Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do Supremo Tribunal Federal. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração (...). A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando

ADPF 388 / DF

necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados”. (Rp. 94, Rel. Min. Castro Nunes, *Archivo Judiciario*, 85/31 (34-35), 1947.)

Essa orientação, consagrada pelo STF para os chamados “princípios sensíveis”, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas e, também, dos chamados “preceitos fundamentais”.

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais à preservação dos princípios basilares e aos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros *limites textuais implícitos* (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 4. ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 1136).

Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias fundamentais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, de suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

ADPF 388 / DF

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder a uma distinção entre essas duas categorias, fixando um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional.

No presente caso, o requerente parte da violação a uma regra constitucional – vedação aos promotores de Justiça e procuradores da República do exercício de “*qualquer outra função pública, salvo uma de magistério*” (art. 128, § 5º, II, “d”) –, a qual reputa amparada nos preceitos fundamentais da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e da independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º – para ancorar o pedido. Em outra linha de raciocínio, defende que a convocação de membro do MP de unidade da federação para ocupar cargo diretamente subordinado à Presidência da República ofenderia a forma federativa de Estado – art. 60, § 4º, I.

Sem adentrar ainda o mérito do acerto das teses, percebe-se que a ação é amparada na suposta violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Assim, sob esse aspecto, a ação é admissível.

No que se refere à **subsidiariedade**, a Lei 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º).

À primeira vista, poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz a afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da

ADPF 388 / DF

subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão –, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), **meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.**

No direito alemão, a *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) está submetida ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias. Todavia, a Corte constitucional pode decidir de imediato um recurso constitucional se se mostrar que a questão é de interesse geral ou se demonstrado que o requerente poderia sofrer grave lesão caso recorresse à via ordinária (Lei Orgânica do Tribunal, § 90, II).

Como se vê, a ressalva constante da parte final do § 90, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã confere ampla discricionariedade para conhecer tanto das questões fundadas no interesse geral (*allgemeine Bedeutung*) quanto daquelas controvérsias baseadas no perigo iminente de grave lesão (*schwerer Nachteil*).

Assim, tem o Tribunal constitucional admitido o recurso

ADPF 388 / DF

constitucional, na forma antecipada, em matéria tributária, tendo em vista o reflexo direto da decisão sobre inúmeras situações homogêneas. (Cf. BVerfGE, 19/268 (273); BVerfGE, 62/338 (342); v. também Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4. ed., München, 1997, p. 162).

A Corte considerou igualmente relevante a apreciação de controvérsia sobre publicidade oficial, tendo em vista seu significado para todos os partícipes, ativos e passivos, do processo eleitoral. (Cf. BVerfGE, 62/230 (232); BVerfGE, 62/117 (144); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 162.)

No que concerne ao controle de constitucionalidade de normas, a posição da Corte tem-se revelado enfática: *“apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional”*. (Cf. BVerfGE, 91/93 (106))

No Direito espanhol, explicita-se que cabe o recurso de amparo contra ato judicial desde que *“tenham sido esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal”* (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 44, I). Não obstante, a jurisprudência e a doutrina têm entendido que, para os fins da exaustão das instâncias ordinárias *“não é necessária a interposição de todos os recursos possíveis, senão de todos os recursos razoavelmente úteis”*. (Cf. José Almagro, *Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 2. ed., Valencia, 1989, p. 324.)

Nessa linha de entendimento, anotou o Tribunal Constitucional espanhol:

“(...) ao se manifestar neste caso a vontade do órgão jurisdicional sobre o fundo da questão controvertida, deve-se entender que a finalidade do requisito exigido no art. 44, 1, ‘a’, da LOTC foi observado, pois o recurso seria, em qualquer caso, ineficaz para reparar a suposta vulneração do direito constitucional em tela” (auto de 11.2.81, n. 19). (Cf. José

ADPF 388 / DF

Almagro, Justicia constitucional: comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cit., p. 325. Anote-se que, na espécie, os recorrentes haviam interposto o recurso fora do prazo.)

Vê-se, assim, que também no Direito espanhol tem-se atenuado o significado literal do princípio da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias ordinárias, até porque, em muitos casos, o prosseguimento nas vias ordinárias não teria efeitos úteis para afastar a lesão a direitos fundamentais.

Observe-se, ainda, que a legitimação outorgada ao Ministério Público e ao Defensor do Povo para manejar o recurso de amparo reforça, no sistema espanhol, o caráter objetivo desse processo.

Tendo em vista o Direito alemão, Schlaich transcreve observação de antigo Ministro da Justiça da Prússia segundo o qual “o recurso de nulidade era proposto pelas partes, porém com objetivo de evitar o surgimento ou a aplicação de princípios jurídicos incorretos”. (Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, cit., p. 184.)

Em relação ao recurso constitucional moderno, movido contra decisões judiciais, anota Schlaich: “essa deve ser também a tarefa principal da Corte Constitucional com referência aos direitos fundamentais, tendo em vista os numerosos e relevantes recursos constitucionais propostos contra decisões judiciais: contribuir para que outros tribunais logrem uma realização ótima dos direitos fundamentais”. (Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, cit., p. 184.)

Em verdade, o princípio da subsidiariedade, ou do exaurimento das instâncias, atua também nos sistemas que conferem ao indivíduo afetado o direito de impugnar a decisão judicial, como um pressuposto de

ADPF 388 / DF

admissibilidade de índole objetiva, destinado, fundamentalmente, a impedir a banalização da atividade de jurisdição constitucional. (Cf., a propósito, Rudiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. ed., München, 1988, p. 13 e s.)

No caso brasileiro, o pleito a ser formulado pelos órgãos ou entes legitimados dificilmente versará – pelo menos de forma direta – a proteção judicial efetiva de posições específicas por eles defendidas. A exceção mais expressiva reside, talvez, na possibilidade de o Procurador-Geral da República, como previsto expressamente no texto legal, ou qualquer outro ente legitimado, propor a arguição de descumprimento a pedido de terceiro interessado, tendo em vista a proteção de situação específica. Ainda assim o ajuizamento da ação e sua admissão estarão vinculados, muito provavelmente, ao significado da solução da controvérsia para o ordenamento constitucional objetivo, e não à proteção judicial efetiva de uma situação singular.

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade **há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional**. Nesse sentido, destaco decisão monocrática do min. Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de 19.12.2007:

“O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ, 189/395-397, v. g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor: (...) O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, rel. min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve

ADPF 388 / DF

– ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v. g.), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se

ADPF 388 / DF

verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Também, é possível que se apresente arguição de descumprimento com pretensão de ver declarada a constitucionalidade de lei estadual ou municipal que tenha a legitimidade questionada nas instâncias inferiores. Tendo em vista o objeto restrito da ação declaratória de constitucionalidade, não se vislumbra aqui meio eficaz para solver, de forma ampla, geral e imediata, eventual controvérsia instaurada.

Afigura-se igualmente legítimo cogitar de utilização da arguição de descumprimento nas controvérsias relacionadas com o princípio da legalidade (lei e regulamento), uma vez que, assim como assente na jurisprudência, tal hipótese não pode ser veiculada em sede de controle direto de constitucionalidade.

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a arguição de descumprimento há de ser aceita nos casos que envolvam a aplicação direta da Constituição – alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional.

ADPF 388 / DF

Da mesma forma, controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletora de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos.

Lembro-me do caso da importação de pneus usados – ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Ali, o objeto da arguição eram as múltiplas decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus, contra as normas ambientais. Daí, ter-se admitido a ADPF, em face das decisões judiciais, tendo em vista a necessidade de imediata pacificação do tema. Poder-se-ia ter argumentado que haveria a possibilidade de recursos, que a questão acabaria resolvida pela uniformização da jurisprudência. Isso foi superado pela Corte, exatamente, por entender que havia relevância maior no tema.

Outro caso célebre é o do aborto de fetos anencéfalos – ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, julgada em 12.4.2012. Pululavam pelas várias instâncias *habeas corpus* tratando do tema. Em geral, ações que sequer eram julgadas definitivamente. Se o juiz concedia a liminar, julgava-se a ação prejudicada. Se não, normalmente os processos judiciais levavam mais de nove meses, pelo que o Tribunal não tinha oportunidade de analisar essa questão constitucional.

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.

A propósito, assinalou o ministro Sepúlveda Pertence, na ADC 1, que a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado “não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação,

ADPF 388 / DF

sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”. (ADC 1, rel. min. Moreira Alves, julgada em 1º.12.1993, DJ de 16.6.1995).

A possibilidade de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais decorrentes dos pronunciamentos de múltiplos órgãos pode configurar ameaça a preceito fundamental (pelo menos, ao da segurança jurídica), o que também está a recomendar uma leitura compreensiva da exigência aposta à lei da arguição, de modo a admitir a propositura da ação especial toda vez que uma definição imediata da controvérsia mostrar-se necessária para afastar aplicações erráticas, tumultuárias ou incongruentes, que comprometam gravemente o princípio da segurança jurídica e a própria ideia de prestação judicial efetiva.

Ademais, a ausência de definição da controvérsia – ou a própria decisão prolatada pelas instâncias judiciais – poderá ser a concretização da lesão a preceito fundamental. Em um sistema dotado de órgão de cúpula que tem missão de guarda da Constituição, a multiplicidade ou a diversidade de soluções pode constituir-se, por si só, em ameaça ao princípio constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, em autêntica lesão a preceito fundamental.

Assim, tendo em vista o perfil objetivo da arguição de descumprimento, com legitimação diversa, dificilmente poder-se-á vislumbrar uma autêntica relação de subsidiariedade entre o novel instituto e as formas ordinárias ou convencionais de controle de constitucionalidade do sistema difuso, expressas, fundamentalmente, no

ADPF 388 / DF

uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil a superar eventual lesão a preceito fundamental nessas situações, na prática, especialmente nos processos de massa, a utilização desse instituto do sistema difuso de controle de constitucionalidade não se revela plenamente eficaz, em razão do limitado efeito do julgado nele proferido (decisão com efeito entre partes).

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 33, o Tribunal acolheu, em linhas gerais, a orientação acima sustentada, tendo considerado cabível, em princípio, ADPF movida em relação à lei estadual pré-constitucional, que indexava o reajuste dos vencimentos de determinado grupo de funcionários ao valor do salário mínimo. Essa orientação foi reafirmada na decisão de mérito, proferida em 7.12.2005. (ADPF 33, rel. min. Gilmar Mendes, julgada em 7.12.2005; cf. também ADPF 46, rel. min. Marco Aurélio, red. do acórdão min. Eros Grau, julgado em 5.8.2009, julgamento não concluído, e ADPF 54 (QO), rel. min. Marco Aurélio, julgada em 20.10.2004).

Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações originárias e o próprio recurso

ADPF 388 / DF

extraordinário não parecem, as mais das vezes, capazes de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata.

A necessidade de interposição de uma plethora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do Supremo Tribunal Federal e das próprias cortes ordinárias.

Dessa forma, o Tribunal poderá conhecer da arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional, desde que presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

É fácil ver também que a fórmula da **relevância do interesse público** para justificar a admissão da arguição de descumprimento (explícita no modelo alemão) está implícita no sistema criado pelo legislador brasileiro, tendo em vista especialmente o caráter marcadamente objetivo que se conferiu ao instituto.

Assim, o Supremo Tribunal Federal poderá, ao lado de outros requisitos de admissibilidade, emitir juízo sobre a relevância e o interesse público contido na controvérsia constitucional, podendo recusar a admissibilidade da ADPF sempre que não vislumbrar relevância jurídica na sua propositura.

Essa leitura compreensiva da cláusula da subsidiariedade contida no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99 parece solver, com superioridade, a controvérsia sobre a aplicação do princípio do exaurimento das instâncias.

ADPF 388 / DF

No presente caso, arguiu-se o descumprimento de preceitos fundamentais por atos normativos e atos concretos. No plano normativo, está o ato do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que derogou resolução que tratava das vedações ao exercício de cargo ou função pública por membro do Ministério Público. No plano concreto, há atos de nomeação de membros do Ministério Público para ocupar cargos fora da Instituição. O caso mais rumoroso, que acabou ensejando a propositura desta ação, foi a nomeação, em 2.3.2016, de Procurador de Justiça do Estado da Bahia para o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Poderíamos cogitar do cabimento de uma ação direta de inconstitucionalidade no caso concreto.

O ato normativo atacado seria a Resolução 72/2011, do CNMP, que derogou a Resolução 5/2006, a qual disciplinava o exercício de *“cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”*. Os dispositivos revogados continham disposições que reiteravam a proibição constitucional ao exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício *“de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional”* (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º).

Os dispositivos revogados regulamentavam diretamente a vedação constitucional aos promotores e procuradores do exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 128, § 5º, II, “d”). A revogação decorre de mudança no entendimento do Conselho, que passou a decidir no sentido de que a vedação não abrange claramente o exercício de cargos de ministro e secretário em governos.

Esta Corte tem reconhecido, sem resistências, a natureza normativa dos atos emanados do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, como verificado, por exemplo, no

ADPF 388 / DF

julgamento da ADI 3.831-MC, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 15.12.2006, da ADI 3.823-MC, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 6.12.2006 e da ADC 12, rel. min. Carlos Britto, julgada em 20.8.2008.

O Tribunal vem afirmando a fungibilidade entre ADPF e ADI. Na ADPF 72, por exemplo, entendeu que, como se cuidava de impugnação de preceito autônomo por ofensa a dispositivos constitucionais, cabível seria a ADI. Daí, ter convertido a ADPF em ação direta – ADPF QO 72, rel. min. Ellen Gracie, julgada em 1º.6.2005.

Na pior das hipóteses, estamos diante de uma dúvida objetiva quanto à ação cabível.

Se o Tribunal entender em sentido contrário ao cabimento da ADPF, não haveria óbice em converter esta ação em ação direta de inconstitucionalidade.

Mas o caso envolve mais do que a inconstitucionalidade de uma norma do CNMP.

Em verdade, nem ao menos se tem uma norma do CNMP que autorize que os promotores exerçam cargos na Administração. O que ocorreu foi a derrogação da Resolução que portava a vedação. Em seguida, vieram atos de diversos ramos do Ministério Público deferindo afastamento, em suposta desconformidade com a vedação. Por fim, provocado, o CNMP pacificou entendimento que manteve as decisões dos ministérios públicos locais.

Com isso, houve a institucionalização da prática contestada na presente ação, mesmo sem uma resolução que a autorizasse de forma clara.

ADPF 388 / DF

Ou seja, o ponto central não está na edição de norma incompatível com a Constituição, mas na institucionalização de uma prática contrária à Constituição.

Em verdade, no presente caso, a ação não mira apenas uma norma objetiva. Ataca também o ato da Presidente da República que nomeou o Ministro de Estado da Justiça e, em geral, atos semelhantes em todas as esferas da Administração Pública.

O que está em jogo é a interpretação a ser dada à vedação constante do art. 128, § 5º, II, "d", da Constituição Federal. Essa norma deve ser aplicada, independentemente de regulamentação. Aliás, como será demonstrado na fundamentação, o STF já rejeitou, em diversas oportunidades, leis que, a pretexto de regulamentar, restringiam a vedação constitucional.

Sob esse aspecto, o presente caso guarda semelhanças com a ADPF dos pneus usados – ADPF 101, rel. min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009. Aquela ação não se dirigia contra lei ou ato normativo, tendo como objeto *“decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados”*, ao argumento de que violavam os preceitos fundamentais inscritos nos arts. 196 e 225 da Constituição da República. Sustentava-se que numerosas decisões judiciais estavam sendo proferidas em desconformidade com portarias e decretos de órgãos do Executivo Federal que expressamente vedavam a importação de pneus usados.

O Tribunal afastou a alegação de que a arguição não poderia ser admitida por não cumprir a exigência do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99: *“tendo em conta a pendência de múltiplas ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria (...), não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame”* - ADPF 101, min. Cármen Lúcia, julgada em 11.3.2009.

ADPF 388 / DF

A dificuldade em utilizar eficazmente os meios difusos de controle de constitucionalidade também se reflete na hipótese presente.

O tipo de nomeação aqui debatida não afeta diretamente direito subjetivo, sendo restritas as possibilidades de impugnação em ações individuais.

No caso específico da nomeação de Procurador de Justiça do Estado da Bahia para o cargo de Ministro da Justiça, foi proposta a Ação Popular 0013178-74.2016.4.01.3400, buscando a desconstituição do ato.

Muito embora a ação popular de fato pareça uma via processual adequada a atacar as nomeações, seu cabimento não prejudica o uso da ADPF, por se tratar de ação voltada aos casos concretos, conforme já explanado.

O mais relevante, no entanto, é que a questão não se esgota em um episódio de nomeação de Ministro da Justiça. Como mencionado, há uma prática institucionalizada a ser apreciada. O memorial oferecido pela União lista 22 (vinte e dois) membros do Ministério Público exercendo, atualmente, cargos no Poder Executivo Federal, estadual e municipal.

Muitas dessas nomeações não foram sequer levadas ao controle do CNMP. Provavelmente, o número de casos judicializados é ainda menor.

A provocação do CNMP ou da jurisdição demanda do cidadão a disposição para enfrentar o Governo e o Ministério Público, sem a perspectiva de benefício individual em contrapartida.

Talvez por isso, desde de 2.011, quando o CNMP resolveu alterar seu entendimento, a questão não foi novamente trazida ao STF em casos concretos.

ADPF 388 / DF

Ou seja, negando trânsito à ADPF, não haverá outro **meio eficaz de sanar a suposta lesão constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata**.

Acrescento que a utilização da ADPF para, simultaneamente, controlar atos normativos e concretos já foi admitida pelo STF no julgamento da arguição relativa ao rito do *impeachment*. O Tribunal, numa única ação, avaliou a recepção da lei de regência do processo de acusação ao Presidente da República – Lei 1.079/50 – e, simultaneamente, apreciou atos concretos adotados com base naquela lei – notadamente, a formação da comissão especial para processamento da acusação contra a Presidente Dilma Rousseff – ADPF 378, rel. min. Edson Fachin, red. do acórdão min. Roberto Barroso, julgada em 16.3.2016.

Por essas razões, tenho que a arguição de descumprimento de preceito fundamento é via processual adequada a provocar o controle da constitucionalidade da normatização do CNMP, da interpretação adotada pelos ramos do Ministério Público e dos atos concretos de nomeação de membros do MP a cargos na Administração Pública. Como se verá com mais vagar no curso da fundamentação, essa é uma questão constitucional da maior relevância, que merece a pronta atenção da Corte.

Em memorial, a União arguiu **defeito na representação processual** do Partido requerente, consistente na falta de menção à Resolução 72/2011 do CNMP na procuração. No entanto, como já adiantado, a questão aqui não se resume à invalidade da mencionada Resolução. A procuração confere poderes para postular a declaração da inconstitucionalidade de exercício de cargos por membro do MP. Tenho que esses poderes são suficientes. Mesmo que assim não se entenda, seria possível conferir prazo para correção do defeito. Ou seja, ainda assim, não haveria impedimento ao prosseguimento deste julgamento.

ADPF 388 / DF

Antes de ingressar propriamente na apreciação da medida liminar, registro que não está em julgamento a questão do exercício de cargos eletivos por promotores e procuradores. Esse é um tema sujeito a regramento próprio – art. 128, § 5º, II, “e” – não se conformando à vedação que aqui serve de parâmetro – art. 128, § 5º, II, “d”. Tampouco, se ingressará na questão da possibilidade de membros do MP submetidos a regime anterior à Constituição Federal de 1.988 ocuparem cargos na Administração Pública. Em relação a estes, também há regramento próprio – art. 29, § 3º, do ADCT.

A questão aqui, portanto, se resume ao exercício de cargos não eletivos, por promotores que estão sujeitos ao regime da Constituição vigente.

Feitas essas ponderações, passo à análise **do mérito**.

A Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, disciplina o exercício de *“cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional”*.

Em sua redação original, o texto continha disposições que reiteravam a proibição de exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 2º), vedavam o afastamento para exercício de *“de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional”* (art. 3º), e afirmavam a inconstitucionalidade de disposições em contrário em leis orgânicas locais (arts. 4º). Transcrevo:

“Art. 2º. Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Parágrafo único. A vedação não alcança os que integram

ADPF 388 / DF

o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

Art. 3º. O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, c, da Lei n.º 8.625/93, e 6.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei Complementar n.º 75/93.

Art. 4º. O artigo 44, parágrafo único, da Lei n.º 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente.

Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal”.

No entanto, o CNMP editou a Resolução 72/2011, que revogou os mencionados artigos 2º a 4º da Resolução 5/2006:

“Art. 1º. Art. 1º. Ficam revogados os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05/2006, de 20 de março de 2006.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação”.

A Resolução 72/2011 é fruto da Proposta de Resolução 295/2011-85, da relatoria da conselheira Cláudia Chagas. De acordo com o voto condutor da mudança, deve ser feita uma interpretação conjunta do art. 128, § 5º, II, "d", com o art. 129, IX, da CF, podendo o MP exercer outras funções, na forma da lei. A vedação impediria ao membro o exercício de outras funções de forma concomitante à atuação de promotor, sendo

ADPF 388 / DF

viável a licença temporária para ocupar outros cargos na Administração Pública.

O voto condutor do projeto de resolução ressaltou que haveria “*grande controvérsia*” doutrinária sobre a questão, a qual colocaria “*em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria pelo*” CNMP. Com isso, entendeu-se que os afastamentos deveriam ser apreciados em processos de controle administrativo, caso a caso.

O entendimento da Relatora foi acolhido, por maioria, pelo Conselho, resultando em Resolução com os seguintes *consideranda*:

“**CONSIDERANDO** que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, II, “d” e 129, IX, da Constituição Federal tem gerado interpretações diversas, dentre as quais a que entende ser possível o afastamento do membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público;

CONSIDERANDO que não é conveniente a expedição de ato regulamentar restritivo de direito em matéria controvertida, merecendo a matéria uma discussão mais aprofundada;

CONSIDERANDO a possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial bem como deste CNMP diante da análise de novos argumentos;”

O resultado, no entanto, foi que a norma derogadora inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para exercício de funções no Poder Executivo.

A consulta à jurisprudência do Conselho demonstra que, desde a adoção da Resolução 72/2011, o CNMP vem cancelando o afastamento de membros para exercício de cargos no Poder Executivo.

ADPF 388 / DF

Em relação a membros sujeitos ao regime anterior a 1988, no Processo 43/2011-56, manteve-se ato do Ministério Público do Estado do Paraná que autorizou Procuradora de Justiça a exercer cargo de Secretária de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Em relação a membros submetidos ao regime da Constituição atual, no Processo 116/2011-18, manteve-se ato do Ministério Público do Estado de São Paulo que autorizou afastamento para exercício de cargo de Diretor-Geral de Departamento Penitenciário. No Processo 149/2011-50, manteve-se decisão do Ministério Público do Estado da Bahia, que autorizou afastamento para ocupar o cargo de Secretário de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

Após a alteração da norma, apenas em um caso o CNMP contrariou decisão que deferiu afastamento. Tratou-se de promotor de justiça do Estado de Minas Gerais que, a pedido do Governador daquele Estado, foi licenciado para exercer funções na diretoria de empresa privada com sede no Rio de Janeiro.

A diretriz decisória que sobreveio à derrogação da Resolução 5/2006 culminou no despacho que indeferiu medida liminar para impedir a posse de Procurador de Justiça do Estado da Bahia no cargo de Ministro da Justiça. Conforme destacou o relator: *“uma interpretação conjugada do art. 128, § 5º, II, “d”, e 129, IX, da Constituição Federal”* leva à conclusão de que *“inexiste óbice para que o membro do parquet se afaste temporariamente de suas funções e ocupe cargo junto ao Poder Executivo, ressalvada a apreciação de cada situação pelo chefe da unidade ministerial e o respectivo Conselho Superior”* (decisão do relator que indeferiu a medida liminar nos Procedimentos de Controle Administrativo 1.00093-2016-47 e 1.00094/2016-09).

Segundo informações fornecidas no memorial da União, são, atualmente, 22 (vinte e dois) membros do Ministério Público, em seus diversos ramos, exercendo cargos no Poder Executivo.

ADPF 388 / DF

Ocorre que a autorização criada pela Resolução 72/2011 é flagrantemente contrária à Constituição Federal.

O texto constitucional vedou a promotores e procuradores o exercício de *“qualquer outra função pública, salvo uma de magistério”* (art. 128, § 5º, II, “d”).

Note-se a ênfase do constituinte, ao especificar que a vedação não é simplesmente ao exercício de *“outra função pública”*, mas ao exercício de *“qualquer outra função pública”*.

O que se extrai daí é o claro objetivo de explicitar que se trata de uma regra sem exceções. Ou, mais propriamente, uma regra com uma única exceção, expressamente enunciada – *“salvo uma de magistério”*.

Os ocupantes de cargos na Administração Pública Federal, estadual, municipal e distrital, aí incluídos os ministros de Estado e os secretários, exercem funções públicas.

Na dicção da própria Constituição Federal, Ministro de Estado é um cargo público – *“art. 12. § 3º São privativos de brasileiro nato os **cargos**: VII – de **Ministro de Estado da Defesa**; art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - investido no **cargo de Ministro de Estado**”*. No âmbito das administrações estaduais e municipais, são congêneres ao cargo de ministro de Estado os cargos de secretário.

Os titulares de **cargos públicos** exercem **funções públicas**, como bem explanado por José dos Santos Carvalho Filho:

“Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

ADPF 388 / DF

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.

(...)

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 528-529)

O exercício de funções fora do âmbito do MP é vedado aos promotores e justiça e procuradores da República. Como não há cargo sem função, promotores e procuradores não podem exercer cargos na Administração Pública, fora da Instituição. Os cargos de ministro de Estado e secretário não são exceções. A exceção única está expressamente enunciada e recai sobre funções de magistério.

O argumento de que o art. 129, IX, da CF deveria ser lido em conjunto com a vedação, como uma espécie de cláusula de exceção, não é preciso. Este último dispositivo é o inciso final da lista de funções institucionais do *Parquet* enumerada no texto constitucional. De acordo com sua redação, compete ao MP “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

Essa disposição é relativa às funções da **Instituição Ministério Público, não de seus membros**. Trata-se de norma com dupla função. Uma primeira, de abertura do rol das atribuições ministeriais. Deixa-se claro que a lista do art. 129 é *numerus apertus*, podendo ser ampliada. Uma segunda, reforça a completa separação, inaugurada pela

ADPF 388 / DF

Constituição de 1.988, do Ministério Público com a Advocacia Pública, ao afastar o *Parquet* de realizar “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Assim, por força do art. 129, IX, o rol de atribuições do MP não é exaustivo. A Instituição pode receber atribuições legais não especificadas nos incisos I a VIII do art. 129, mas compatíveis com suas incumbências constitucionais, ou seja, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” – art. 127, *caput*.

A própria atuação como fiscal da ordem jurídica em processos judiciais que envolvam “interesse público ou social, interesse de incapaz, ou litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”, é uma atribuição não especificada no rol, mas prevista em lei – art. 178 da Lei 13.105/15, o novo CPC. Trata-se de atribuição perfeitamente compatível com as funções institucionais do MP – art. 127. No entanto, se não houvesse a cláusula de abertura do art. 129, IX, haveria dificuldade de compatibilizá-la com a Constituição.

Da mesma forma, o dispositivo abre a possibilidade da atuação do Ministério Público perante diversos órgãos da Administração. Por exemplo, há previsão de atuação do Ministério Público perante o Cade – art. 20 da Lei 12.529/11. Mas, nessas hipóteses, o membro atua perante a administração como órgão do MP, observada sua independência funcional, o que não se confunde com o afastamento do membro de suas funções no MP para atuar como ocupante de cargo na Administração Pública de forma subordinada.

Em suma, a disposição simplesmente não trata dos membros da Instituição e, portanto, não os autoriza a exercer funções em outros órgãos da Administração Pública.

O entendimento de que a vedação é quanto ao exercício

ADPF 388 / DF

concomitante de funções de promotor e outras funções fora da instituição não passa pela leitura do texto da Constituição. A vedação ao exercício de outra função pública vige “*ainda que em disponibilidade*”. Ou seja, enquanto não rompido o vínculo com a Instituição, a vedação persiste. Não se compreende que se possa criar uma licença que suspenda a vedação.

Tampouco, a comparação com as vedações aplicáveis aos juízes parece socorrer a tese.

Transcrevo a redação original da Constituição quanto às vedações de ambas as carreiras para uma melhor visualização:

Juízes:

“Art. 95. (...) ”

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
- II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;
- III - dedicar-se à atividade político-partidária.”

Membros do MP:

“Art. 128. (...) §5º (...):

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político partidária, salvo exceções

ADPF 388 / DF

previstas na lei.”

O texto constitucional trata, com redação diversa, as vedações análogas aos membros das carreiras. Veda aos juízes exercer “*outro cargo ou função*” – art. 95, parágrafo único, I. Aos promotores, exercer “*qualquer outra função pública*”.

A menção a “*cargo*” no regime jurídico dos juízes decorre da falta de referência ao caráter público das funções vedadas. No caso dos juízes, a vedação mencionada engloba, em alguma medida, **atividades privadas**, notadamente a advocacia e a atuação empresarial. Note-se que a amplitude semântica do art. 95, parágrafo único, I, dispensou inclusive a enunciação expressa da vedação a magistrados do exercício da advocacia.

Já em relação aos membros do MP, a vedação é enunciada como direcionada funções **públicas**. Daí, a necessidade de acrescentar outras alíneas, especificando as mais relevantes funções privadas incompatíveis – advocacia, alínea “b”, atividade empresarial, alínea “c”.

Não se pode esquecer que a Constituição de 1.988 alterou o regime jurídico dos membros do Ministério Público de forma substancial. Talvez, também por isso, o constituinte tenha percebido a necessidade de ser mais específico com as vedações, não confiando apenas na vedação genérica utilizada para magistrados.

Ou seja, há uma lógica na diferença de redação entre as vedações dos juízes e promotores. Mas ela não se projeta na direção de permitir o exercício de cargos públicos pelos promotores.

Ao menos do ponto de vista das funções públicas, a extensão das vedações é idêntica. A lição de que não há cargo sem função permanece aplicável.

ADPF 388 / DF

Em verdade, é central ao regime de vedações dos membros do MP o impedimento ao exercício de cargos fora do âmbito da Instituição.

Ao exercer cargo no Poder Executivo, o membro do Ministério Público passa a atuar como subordinado do Chefe da Administração. Isso fragiliza a instituição Ministério Público, que pode ser potencial alvo de captação por interesses políticos e de submissão dos interesses institucionais a projetos pessoais de seus próprios membros. Por outro lado, a independência em relação aos demais ramos da Administração Pública é uma garantia dos membros do MP, que podem exercer suas funções de fiscalização do exercício do Poder Público sem receio de reveses por fiscalizarem outros membros que, eventualmente, estão atuando no órgão fiscalizado e, em um momento futuro, retornarão à direção da Instituição.

Ou seja, ao vedar o exercício de funções públicas, a Constituição claramente proibiu a ocupação de cargos públicos.

Nas vezes em que o STF foi chamado a se manifestar sobre a viabilidade de, sob a égide de Constituição de 1.988, membro do MP ocupar cargo no Poder Executivo, o julgamento foi em sentido negativo.

O *leading case* foi a cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.084, rel. Min. Ilmar Galvão, julgada em 16.2.2000, na qual se impugnava, dentre outros dispositivos, o art. 170, parágrafo único, da Lei Complementar estadual 734, de 26.11.1993, que instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo.

O referido preceito enunciava que, não obstante fosse vedado aos membros do Ministério Público o exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, não constituíam acumulação *“as atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público, em Centro de*

ADPF 388 / DF

Estudos e Aperfeiçoamento do Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargo ou função de confiança da Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público”.

O relator, ministro Ilmar Galvão, asseverou que o questionado art. 170, parágrafo único, da LC 734/93 deveria ser entendido como mera reprodução explícita do que contido no art. 44, parágrafo único, da Lei Federal 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que exclui do rol de atividades vedadas aos membros do Ministério Público “o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares”. Assim, concluiu o relator que ao dispositivo sob análise deveria ser dada interpretação conforme à Constituição, “no sentido de somente ser permitido aos promotores e procuradores de Justiça de São Paulo o exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior do próprio Ministério Público”. A solução proposta naquela assentada, seguida à unanimidade, veio depois a ser confirmada *in totum* no julgamento de mérito da mesma ADI 2.084, ocorrido da sessão plenária de 2.8.2001.

Em oportunidade seguinte, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se de maneira mais veemente quanto à impossibilidade do exercício, por membros do Ministério Público, de cargos em comissão no primeiro escalão da estrutura administrativa do Poder Executivo, tanto no âmbito federal como no estadual. No julgamento do pedido de medida cautelar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.534, impugnavam-se as alterações introduzidas pela Lei Complementar estadual 61, de 12.07.2001, à Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar estadual 34, de 12.09.1994). A redação combatida do art. 142 deste último diploma proclamava a possibilidade do afastamento do membro do Ministério Público, mediante aprovação do Conselho Superior, para o exercício do cargo de ministro, secretário de Estado ou seu substituto imediato. Na linha do precedente já citado, assim consignou em seu voto o relator, ministro Maurício Corrêa, na sessão plenária de 15.8.2002, acompanhado, quanto a este ponto, por

ADPF 388 / DF

unanimidade:

“De fato, a Carta de 1988 veda ao membro do *Parquet* o exercício de qualquer outra função pública, ainda que em disponibilidade, salvo uma de magistério. A abrangência da vedação torna indubitosa sua aplicação a todo e qualquer cargo público, por mais relevantes que se afigurem os de Ministro e Secretário de Estado.

De registrar-se que, em face das sensíveis alterações na função institucional reservada ao *Parquet*, a partir da Constituição vigente foram conferidas inúmeras prerrogativas aos seus membros e ao mesmo passo impostas várias vedações, tudo com o objetivo de garantir isenção e independência à sua atuação, tal como ocorre com a magistratura. Tão profundas foram as modificações que o § 3º do artigo 29 do ADCT-CF/88 facultou aos então procuradores e promotores a possibilidade de optar pelo regime anterior ou o que estava se implantando.

Este Tribunal, ainda na ADI 2084, analisando questão análoga, decidiu que o ‘exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior’ pelos membros do MP deve ser entendida como exercício na administração superior do próprio Ministério Público apenas, e não na administração pública como um todo, o que exclui a possibilidade de ocupação dos cargos em apreço.

Dessa forma, impõe-se o deferimento do pedido cautelar quanto ao preceito do inciso II do artigo 142 em causa, pois os cargos ali enumerados não dizem respeito à administração superior do próprio Ministério Público e sim do Poder Executivo federal e estadual, daí decorrendo clara violação aos artigos 128, § 5º, inciso II, letra d e 127, § 2º, *in fine*, c/c o parágrafo único do artigo 44 da Lei 8.625/93.”

Já depois da Criação do Conselho Nacional do Ministério Público pela Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, esta Corte deparou-se mais

ADPF 388 / DF

uma vez com o tema em debate no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.836, rel. Min. Eros Grau, que tinha como objeto os arts. 9º, § 1º, c, e 165 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar 106, de 3.1.2003). Sustentou o autor da ação que o primeiro dispositivo citado, ao enunciar a inelegibilidade, para o cargo de Procurador-Geral de Justiça, dos procuradores e promotores que *“ocuparem qualquer outro cargo ou função de confiança”*, estaria a permitir o exercício, por membros do Ministério Público, de atividades vedadas pelo art. 128, § 5º, II, *“d”*, da Constituição Federal.

Quanto a esse tópico, relevante destacar a manifestação da Procuradoria-Geral da República, transcrita no voto do relator, Ministro Eros Grau:

“Como se pode perceber, o dispositivo normativo atacado não permite, como afirma o requerente, que o membro do Ministério Público exerça qualquer outro cargo ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, como as de Secretário de Estado. A norma prescreve que, para os casos em que os membros do Ministério Público estejam ocupando qualquer outro cargo ou função de confiança e desejem se eleger ao cargo de Procurador-Geral de Justiça, é obrigatória a desincompatibilização, mediante afastamento, pelo menos sessenta dias antes da data da eleição. Essa norma é aplicável àqueles membros que já ocupem cargo ou função de confiança, no caso, aqueles que estão ocupando cargos ou funções de confiança na administração do próprio Ministério Público e em seus órgãos auxiliares ou em órgãos estatais afetos à área de atuação da Instituição.”

Concluiu, assim, o Tribunal naquela assentada, ocorrida em 17.11.2005, que o comando impugnado, ao tratar de requisito para disputa do cargo eletivo de Procurador-Geral de Justiça, não permitia o

ADPF 388 / DF

exercício de cargos ou funções de confiança fora do âmbito do Ministério Público fluminense, sendo expressa, na própria Lei Orgânica estadual, a vedação ao exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função pública, salvo a de magistério (LC 106/2003, art. 119, IV).

Ainda, em processos objetivos, julgou-se inconstitucional a lei do Estado do Espírito Santo – que permitia o *“exercício de cargo comissionado estadual ou federal fora da instituição por membros do Ministério Público”* – na ADI 3.298, rel. min. Gilmar Mendes, julgada em 10.5.2007.

Fundamentos semelhantes levaram a Corte a declarar a inconstitucionalidade da lei orgânica de Sergipe. Novamente, afirmou-se que o *“afastamento de membro do Parquet para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público”*. Assim, os *“cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo”* – ADI 3.574, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16.5.2007.

Também, em processos subjetivos a Corte já produziu manifestações na mesma linha.

O Tribunal Pleno denegou a ordem pleiteada em mandado de segurança, por meio do qual fora impugnado ato do CNMP que, com base na Resolução 5/2006, impediu promotor de Justiça de ocupar cargo na diretoria do IBAMA. Daquela feita, afirmou-se a *“impossibilidade de membro do Ministério Público que ingressou na instituição após a promulgação da Constituição de 1988 exercer cargo ou função pública em órgão diverso da organização do ministério público”* – MS 26.595, rel. min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 7.4.2010.

ADPF 388 / DF

Em outro caso, afastou-se a possibilidade do exercício, por promotores do Paraná, de função no Conselho Estadual da Polícia Civil – RE 742.055, Agravo Regimental, Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, julgado em 6.8.2013.

A própria Resolução 5/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, foi contestada, sem sucesso, nas ADI 3.838 e 3.839. Indeferi as respectivas liminares, em janeiro de 2007, no exercício da Presidência. Os processos pendem de julgamento.

Ou seja, há uma jurisprudência consolidada. Sete ministros da composição atual já votaram acompanhando o entendimento contrário ao afastamento para exercício de cargos – Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli no MS 26.595, além de Teori Zavascki no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 676.733. Não houve qualquer alteração fática ou normativa que possa levar a crer em mudança. Não se tem notícia de qualquer sinalização de câmbio na jurisprudência.

O CNMP adotou entendimento afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. Criou uma exceção à vedação constitucional, que textualmente não admitia exceções. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhe densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos.

Lembro-me aqui da lição de Konrad Hesse:

“Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de

ADPF 388 / DF

Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático’. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, ‘malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado”. (A Força Normativa da Constituição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21-22).

Em suma, somente mudando o conteúdo da Constituição é possível tolerar o exercício, por membro do MP, de cargo na Administração Pública, fora da Instituição, que não seja de professor.

Assim, a Resolução 72/2011, e a prática instaurada na sua sequência, sob o pretexto de interpretar, uma tentativa de emendar Constituição.

Com isso não se quer dizer que o Conselho não poderia mudar sua resolução. Nada impediria que o texto normativo fosse alterado para, por exemplo, regulamentar situações específicas, como a definição de função pública em casos limítrofes, a aplicabilidade da vedação a membros sob o

ADPF 388 / DF

regime constitucional anterior, ou outros pontos periféricos. Mas a criação do vácuo normativo, para dar ensejo ao descumprimento claro da Constituição, está além do poder do CNMP.

A vedação em questão não é uma regra isolada no ordenamento jurídico. Ela se presta a concretizar a independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Por sua vez, a independência do *Parquet* é uma decorrência da independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III.

Nesse sentido, leciona Paulo Gonet que as vedações aos membros do Ministério Público listadas na Constituição são *“sempre orientadas ao propósito de fortificar a própria Instituição”*. Vedam-se *“situações capazes de pôr em risco a autonomia planejada”* (GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Ministério Público, advocacia e defensoria pública – Funções essenciais à Justiça. In: Curso de Direito Constitucional. MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1062).

De forma semelhante, José Adércio lembra que as vedações são *“destinadas a assegurar uma atuação livre de coações e de influência sobranceira de interesses privados sobre a finalidade institucional”* – SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao art. 128. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. Gomes Canotilho et. al. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1529.

Na mesma linha, bem pontuou o hoje Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, ao se manifestar em sentido contrário à participação de promotores em conselho consultivo ou deliberativo, no já mencionado caso do Paraná: *“As vedações constitucionais incidentes sobre as atividades dos Membros do Ministério Público constituem verdadeiros mandamentos de ordem ético-jurídica, destinados a tornar efetivos os princípios da autonomia e da independência funcional do Parquet”* - parecer no RE 742.055, rel. min. Celso de Mello, 9.5.2013.

ADPF 388 / DF

A vedação é, em primeiro lugar, uma defesa da Instituição Ministério Público, que não fica subordinada aos interesses políticos, e mesmo a projetos pessoais de seus próprios membros. Em segundo lugar, é uma garantia de seus membros, que podem exercer suas funções de tutela da Administração Pública sem receio de reveses por fiscalizarem outros membros que, em um momento futuro, retornarão à direção da Instituição.

Portanto, é relevante o fundamento do pedido, quanto à alegação de violação à independência dos poderes – art. 2º, art. 60, § 4º, III – e à independência funcional do Ministério Público – art. 127, § 1º. Estamos diante de uma inconstitucionalidade, ofensiva a preceitos constitucionais fundamentais.

Ressalto, no entanto, que a forma federativa de Estado – art. 60, § 4º, I, da CF – não é violada pela nomeação de membro de poder de unidade da federação para ocupar cargo no Governo Federal. Se fosse viável a ocupação do cargo na Administração Federal, seria ela mediante afastamento do cargo na origem. Assim, esse argumento é de todo improcedente.

Entretanto, o fundamento aceito é suficiente para que o pedido seja acolhido.

A princípio, o caso foi trazido a julgamento para análise da medida liminar. O min. Dias Toffoli formulou proposta de converter o exame da tutela de urgência em julgamento definitivo, acolhida pelo Plenário. Assim, a ação deve ser julgada procedente em parte.

O pleito não está sendo acolhido em sua integralidade porque não se está anulando a nomeação do Ministro da Justiça. Isso não quer dizer que o Tribunal considerou que o Procurador de Justiça pode seguir no cargo.

ADPF 388 / DF

Está sendo fixado prazo para que todos os membros do Ministério Público que atualmente ocupam cargos na Administração Pública se desincompatibilizem, exonerando-se de um dos cargos. Na inércia, deverão ser exonerados do cargo na Administração Pública.

Por fim, tenho que não é conveniente suspender a mencionada ação popular, ou outras em tramitação com fundamento semelhante. No entanto, enquanto vigorar a liminar ora proposta, o exercício do cargo ficará impedido, ainda que a ação individual venha a ser julgada improcedente.

Ante o exposto, **julgo procedente em parte o pedido**, para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, e declarar a inconstitucionalidade da Resolução 72/2011, do CNMP.

Ademais, determino a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias após a publicação da ata deste julgamento.

É o voto.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL**

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu consulto o Ministro Relator, Gilmar Mendes, se Vossa Excelência pretende colocar as preliminares em votação de forma separada ou ler o voto integralmente e, depois, cada um de nós se pronunciará.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vou fazer um conjunto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, há um Regimento Interno que continua em vigor. É categórico, é pedagógico, está em bom vernáculo, no sentido de que, havendo, no processo, preliminar, o Tribunal deve decidir a respeito da procedência ou improcedência, passando ao mérito se suplantada a preliminar. Está, com todas as letras, no artigo 136 do Regimento Interno: "As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas".

Vai adiante o Regimento Interno para disciplinar, inclusive, a situação jurídica em que integrante do Tribunal articula preliminar. Observa o Regimento a organicidade. Não podemos, sem revogar o Regimento Interno, deixar de examiná-lo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agradeço a Vossa Excelência. Lembro, como fiz da última vez, que já há precedentes em que nós fizemos a leitura do voto integral e, a seguir, passamos a votar as preliminares.

Eu consulto o egrégio Plenário para saber se alguém se filia à posição do eminente Vice-Decano ou continuamos a leitura do voto

ADPF 388 / DF

conforme propôs o Relator. Se ninguém se manifestar, fica vencido o eminente Vice-Decano em sua posição, e o Relator está com a palavra para a leitura do voto.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, indago ao Ministro-Relator se ele me permitiria, antes do início do voto, fazer uma indagação ao Procurador-Geral.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, Ministro?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Indago do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Por favor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas para fins de esclarecimento de um levantamento que fiz exatamente dentro do que foi a sustentação oral e o memorial apresentado.

A Constituição, ao tratar desse assunto, trata nos dois dispositivos que Vossa Excelência levantou e que os senhores advogados tão bem levantaram.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - 128 e 129.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E Vossa Excelência fez referência, tanto no memorial quanto agora na sustentação oral, à questão de as funções poderem ser de fora e deu exemplos de várias instituições - até fiz também algum levantamento.

Queria uma resposta. O art. 128 é expresso - sobre o qual o Ministro-

ADPF 388 / DF

Relator e nós vamos discutir e decidir -, no inciso II, ao dispor que:

"Art. 128.

(...)

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, [...], estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes vedações:"

Então se chega à alínea "d":

"d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério" - eu estou falando, portanto, do Promotor ou do Procurador.

E no art. 129, o **caput** deste artigo está:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público" - não se está tratando, portanto, do membro, está tratando da instituição.

E quanto à instituição é que se tem o inciso IX:

"Art. 129.

(...)

IX. exercer outras funções" - a instituição, que poderia, por exemplo, vir por lei, e como Vossa Excelência pôs no memorial e na sustentação oral - "que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]" - Vossa Excelência citou conselhos de política penitenciária, etc.

Mas é o Ministério Público que tem assento, certo? Por exemplo, o Conselho Nacional de Direitos Humanos dá assento ao Ministério Público - instituição - não ao membro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, veja, a materialização do exercício ocorre mediante atuação do integrante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, indicado pela

ADPF 388 / DF

instituição.

Queria saber se estou certa no meu raciocínio, porque a função institucional é do Ministério Público, no caso desses órgãos, inclusive internacionais, e a vedação, sobre a qual se discute aqui, é do membro.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - A resolução do Conselho Nacional, quando trata da possibilidade do exercício da função pelo membro, quando exige pertinência temática, quando exige vinculação à função institucional, ela vai equiparar o exercício pelo membro àquela função aplicada à instituição. O regulamento do Conselho Nacional...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ao Ministério Público, que assumirá um cargo ou função. Será o fulano de tal, indicado e escolhido, que integra o Ministério Público.

O SENHOR RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Um membro do Ministério Público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Muito obrigada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministra Cármem, eu me permito transmitir a Vossa Excelência e aos eminentes Pares uma experiência que trago como Presidente do Conselho Nacional de Justiça no tocante à nomeação de integrantes do Poder Judiciário para determinados órgãos do Poder Executivo de natureza consultiva.

Então, por exemplo, recentemente recebi um ofício do Ministro da Pasta de Direitos Humanos pedindo que eu nomeasse um juiz e um suplente para integrar esse conselho. Portanto, esse ofício foi dirigido à instituição, e não ao juiz em particular. Apenas esse aspecto.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) -
Presidente, o caso está emocionante, eu devo dizer, *a priori*. Primeiro, gostaria de cumprimentar todas as belíssimas sustentações e, também, destacar o brilho com que se houve o ministro Cardoso da tribuna.

Mas devo dizer, também, ao Tribunal, com toda a sinceridade, que este era um caso que não gostaria de julgar – e até fiz esforço nesse sentido –, porque é um que constrange, mas não temos outra alternativa.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, a delimitação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) posta à análise desta Corte encontra-se cristalina no Relatório lançado aos autos, a que faço referência pelo bem da brevidade.

PROÊMIO

Está-se diante de questão da maior envergadura constitucional, quer pelo seu fundamento – saber, a rigor, se, à luz da Constituição, o exercício de outra função pública, ainda que em disponibilidade e diversa de uma de magistério, compromete a independência funcional do Ministério Público -, quer pelo seu resultado, a anulação de decreto do Presidente da República que nomeia Ministro de Estado, com o consequente afastamento desta autoridade do cargo e suas funções.

Dito isso, Senhor Presidente, cumpre registrar que é compreensível, especialmente no Brasil contemporâneo, o aforamento de pretensões em demandas que projetam para dentro da juridicidade os dissensos expulsos da espacialidade da política pela inaptidão resolutória. Compreensível, sim, porém criticável. A hipertrofia da instância jurídica definida, em casos tais, como última *ratio*, é, em alguma medida, evidência *prima facie* de pequenos óbitos dos quais se acomete a política em sentido alto, reduzida, em diversas hipóteses, a um pequeno sol que quer se refugiar à sombra das togas.

A virtude do recurso ao Judiciário é o espelho da confiança que se deposita nas instituições democráticas, especialmente numa sociedade ainda marcada por desigualdades materiais que saltam aos olhos e que reclamam mais democracia, justiça e segurança jurídica. Ainda assim, em

ADPF 388 / DF

casos como o presente, a superlativação do papel da jurisdição é inversamente proporcional à realização social da *vero e própria* política que coloca os interesses públicos em primeiro lugar. Temos em pauta, pois, um sintoma de certa abdicação da política que precisa ser examinado, com prudência e cautela, a fim de que o Judiciário não seja, ele mesmo, capturado pela sedução de um assento que não lhe cabe. Não é, nem pode ser, o Judiciário tutor permanente de conflitos cujo dissenso é inerente à democracia e cujo desate é próprio da espacialidade política. Sobriedade e objetividade devem ser luzes a guiar o exame concreto das questões que batem às portas do Judiciário.

CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: CONHECIMENTO PARCIAL

Passo a analisar a admissão da presente medida. A legitimidade ativa do Requerente, partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, nos termos do entendimento deste Supremo Tribunal Federal, legitimado universal apto a incoar a jurisdição do controle abstrato de constitucionalidade, é patente.

No que se refere aos preceitos fundamentais cuja violação se invoca, necessária análise mais detida.

Entendo que não se afigura presente ofensa à forma federativa de Estado (art. 60, §4º, IV, CRFB) tão somente por um agente público – ou um agente político – de um determinado Estado da federação eventualmente se afastar de suas funções para exercer cargo subordinado ao Chefe do Poder Executivo. Basta pensar na hipótese em que um membro de Assembleia Legislativa estadual é convidado para assumir cargo de Ministro de Estado, o que é expressamente permitido pela Constituição, que inclusive lhe autoriza a optar pela remuneração do mandato, como deflui da interpretação conjunta dos seus arts. 27, §1º, e

ADPF 388 / DF

56, I, e §3º.

Melhor sorte assiste ao Arguente quanto ao invocado preceito fundamental da independência funcional do Ministério Público como corolário do preceito fundamental da separação dos Poderes.

Compreendo que a separação de Poderes não corresponde a uma fórmula abstrata e imutável que se aplique de modo indistinto a todo e qualquer sistema jurídico ao longo dos séculos. Isso não significa, no entanto, que deixe de ser um princípio que informe, à luz dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito, a construção institucional adotada pelo Povo ao desenhar a ambiência de atuação funcional das instituições estatais por si criadas e legitimadas.

Nesse sentido, a arquitetura constitucional de freios e contrapesos não ignora o importante papel atribuído pela nossa ordem constitucional ao Ministério Público – instituição marcada pelo vetor da independência funcional e que, sempre é bom recordar, foi dotada pelo constituinte originário de autonomia funcional e administrativa. Em meu sentir, as garantias e vedações presentes na Constituição, em especial a prevista no art. 128, § 5º, II, d, CRFB, devem ser assim compreendidas, merecendo a presente Arguição conhecimento, ao menos no olhar prefacial que caracteriza este momento processual.

De outro canto, o requisito previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999, compreendido como o nominado princípio da subsidiariedade, se afigura preenchido no que se refere aos pedidos de que “se declare a nulidade absoluta da nomeação e consequente posse, pela Presidente da República, do Procurador de Justiça da Bahia, Wellington César Lima e Silva, para ocupar o cargo de Ministro de Estado da Justiça”, e de que se declare a “inconstitucionalidade do exercício de cargo de Ministro de Estado por um membro do Ministério Público”.

ADPF 388 / DF

Isso porque, como bem anota a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária, **inexiste outro instrumento capaz de, gerando decisão dotada de efeito geral e vinculante, atacar o ato do poder público ora impugnado e abarcar a controvérsia constitucional quanto à interpretação do preceito fundamental invocado, o que atingirá não apenas nomeações pelo Presidente da República para cargos no Poder Executivo Federal, mas toda e qualquer nomeação por Chefes de Poder Executivo nos demais entes da Federação.**

Para além disso, frise-se que a tutela do direito ora postulada, caso requerida mediante outros instrumentos processuais, poderia efetivamente ser obstaculizada por discussões quanto à legitimidade (em mandado de segurança) ou à lesividade ao patrimônio público pelo ato impugnado (ação popular).

Além disso, a discussão da questão constitucional ora posta adquire especial relevo tendo em vista que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público entende quanto aos arts. 128, §5º, II, d, e 129, IX, da Constituição da República, como se extrai das decisões proferidas nos Procedimentos de Controle Administrativo nº 1.00093-2016-47 e 1.00094/2016-09, que seria possível a membro do Ministério Público se afastar temporariamente de suas funções e ocupar cargo junto ao Poder Executivo. Tal entendimento, no entanto, contraria os precedentes deste Supremo Tribunal Federal e justifica, assim, decisão dotada de efeito geral e vinculante apta a dirimir e pacificar essa conflituosidade institucional.

Impende, ainda, à luz da pretensão inicial, tratar da fixação das condições e do modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental invocado, o que se dá na ambiência da ADPF (art. 10, *in fine*, da lei nº 9.882/1999).

No que diz respeito ao pedido de declaração de

ADPF 388 / DF

inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no entanto, verifica-se o não preenchimento do requisito da subsidiariedade ínsita na ação que suscita descumprimento de preceito fundamental. Inexiste, no caso, manejo antecedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade a veicular pretensão ali depositada na petição inicial. Impende, pois, não conhecer de tal pretensão porque abalroa e atropela, a mais não poder, a melhor técnica incidente na matéria.

Dessa forma, principiando pela preliminar, essa específica pretensão não alcança conhecimento por lhe faltar, quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, o preenchimento do requisito inerente à ADPF, qual seja, o da subsidiariedade. Muito tempo após estar em vigor a resolução cuja inconstitucionalidade almeja, sem que tenha sido proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, reside agora em juízo um legítimo intento, mas, *ad hoc*, para alcançar, *taylor made*, esse objetivo. Não prospera, contudo.

Por isso, preliminarmente voto pelo não conhecimento da pretensão de declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Superada a questão preliminar, examino o mérito da demanda com os olhos voltados exclusivamente no texto constitucional. Guardião da Constituição, deve o Supremo Tribunal Federal atentar para o procedimento legal e a garantia dos direitos e dos deveres ali estatuídos, imunizando-se, a mais não poder, de aspectos extrajurídicos ditados pela conjuntura. A estes, o campo da política; ao Judiciário, o terreno da estrita normatividade constitucional. Nada mais, nada menos.

Enfrentadas as questões preliminares fundamentais e estruturantes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, passo ao exame agudo da violação ao preceito fundamental dantes caracterizado.

ADPF 388 / DF**PRECEITO FUNDAMENTAL TIDO POR VIOLADO: A INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO COROLÁRIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES****O Ministério Público em sua moldura constitucional**

No mesmo passo da independência e separação harmônica dos Poderes (art. 2º CRFB), a Constituição estabeleceu o Ministério Público como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127 CRFB). O Ministério Público ocupa, assim, lugar de destaque na arquitetura institucional republicano-federativa delineada pela Constituição de 1988, pois consubstancia-se em instituição que, ao lado do Poder Judiciário, é essencial ao exercício da jurisdição por parte do Estado, possuindo a missão de defesa do substrato normativo que rege e orienta nossa comunidade (ordem jurídica), a democracia que pressupõe e, ao mesmo tempo, constitui essa comunidade (o regime democrático), bem como o esmero com os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os princípios institucionais do Ministério Público

Definida a compreensão sobre o Ministério Público (art. 127, *caput* CRFB), a Constituição da República estabeleceu seus princípios institucionais estruturantes (art. 127, §1º CRFB): unidade, indivisibilidade e a independência funcional.

Princípio institucional da unidade

O Ministério Público é uma única instituição. Única e plural, porque composta pelo Ministério Público da União, nele compreendidos o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e pelo Ministério Público dos Estados. Há, assim, uma única instituição,

ADPF 388 / DF

composta pluralmente. Há, portanto, uma unicidade plural.

Princípio institucional da indivisibilidade

A indivisibilidade é princípio institucional estruturante porque define o Ministério Público a partir da impossibilidade de sua divisão, e não a partir de sua pluralidade constitutiva ou a partir de seus membros. Por isso, quando atua um Promotor de Justiça, um Procurador da República, um Procurador do Trabalho, um Promotor Militar, à despeito da atuação individual desse membro do Ministério Público, age a instituição Ministério Público em si. Os membros do Ministério Público não representam o Ministério Público, não atuam como Procuradores da instituição, eles são o próprio Ministério Público e, assim, atuam em seu nome, vale dizer, em nome da instituição Ministério Público.

Princípio institucional da independência funcional

A independência funcional está ligada à atuação do Ministério Público e de seus membros de forma absolutamente livre de qualquer sujeição, seja ela externa a ele(s), seja ela interna ao próprio Ministério Público. É justamente porque livre de qualquer sujeição que o Ministério Público e/ou seu membro pode buscar justiça conforme o Direito, em sua atuação judicial e extrajudicial, pois pode atuar contra o público e o privado, contra o Estado e contra o particular, sem se sujeitar a nenhum deles, ainda que em favor de algum deles seja essa sua atuação. Da mesma forma como os juízes devem ser absolutamente livres para julgar, os membros do Ministério Público devem ser absolutamente livres para atuar em seu mister. Não há atuação independente com sujeição ou subordinação, sejam elas, reforce-se, internas ou externas. Não sem motivo, aos membros do Ministério Público são concedidas garantias (art. 128, §5º, I CRFB), prerrogativas (Lei 8.625/1993, art. 38-42) e vedações (art. 128, §5º, II CRFB) que lhes possibilitem essa atuação absolutamente independente, livre de sujeição ou subordinação.

Afronta ao princípio institucional da independência funcional

ADPF 388 / DF

A ocupação de cargos políticos no âmbito do Poder Executivo por parte de membros do Ministério Público submete seu membro, a instituição em si por ele **presentada**, à subordinação e sujeição do Chefe do Poder Executivo. Essa sujeição, subordinação, afronta e corrói o princípio institucional da independência funcional do Ministério Público, princípio estruturante da própria instituição e orientador da atuação dos membros do Ministério Público. Seja o cargo de Ministro de Estado da Justiça como no presente caso, sejam outros cargos no âmbito de diversos órgãos do Poder Executivo Federal, como, por exemplo, o de Secretário Nacional de Justiça, Diretor do Departamento Penitenciário Nacional, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, sejam cargos no âmbito dos Estados e Municípios como, por exemplo, os de Secretários de Justiça, Meio Ambiente, Diretorias internas ao Executivo, todos esses exemplos meramente ilustrativos, dependem de subordinação e sujeição do titular do cargo ao Chefe do Poder Executivo. Não há, nesse quadrante, possibilidade de atuação de membro do Ministério Público de forma independente, pois sua atuação dependerá sempre de sua relação direta e imediata com o Chefe do Poder Executivo e de sua submissão a ele. Não há forma e maneira de se garantir independência ao Ministério Público quando seus membros podem escolher estar, ainda que por vontade pessoal e não institucional, sujeitados à Chefia de outro Poder. A independência do Ministério Público, fundamental, exige reconhecimento e proteção permanentes, garantido-se, assim, o desenho institucional e o regime jurídico definido pela Constituição de 1988 ao Ministério Público para que o tenhamos sempre como instituição permanente, sólida, ativa, na defesa da ordem jurídica, da democracia, da coletividade e da individualidade quando esta é indisponível. Esse desenho institucional caracterizado pela independência do Ministério Público exige, por sua vez, o reconhecimento da própria instituição de seu caráter alteroso, da liberdade de laços que lhe deve sempre marcar. À essa independência, cumpre-lhe a responsabilidade de zelo, guarda e proteção. Permanente.

Afronta aos princípios institucionais da indivisibilidade e unidade

ADPF 388 / DF

Assumir cargo ou função em outro Poder é não apenas ferir a independência que deve fundar o Ministério Público e a atuação de seus membros, mas sujeitar a própria instituição e seu membro à subordinação de quem ela e ele devem sempre ser livres. A ocupação de cargos e funções por membros do Ministério Público em outros Poderes que o coloquem na condição de subordinados faz com que a própria instituição seja e esteja, assim, subordinada. Se o Ministério Público é uno, uma única instituição, ainda que plural, e indivisível, a instituição se apresenta e atua por meio de seus membros, que são, a sua vez, a própria instituição. O membro do Ministério Público não representa a instituição Ministério Público, não possui procuração para atuar em seu nome. Ele é a própria a instituição e, assim, apresenta a si própria. Não se trata, portanto, da subordinação de um membro individualmente considerado, mas da instituição como um todo, dados os princípios reitores da unidade e indivisibilidade. Assumir o cargo de Ministro de Estado da Justiça ou qualquer outro que coloque membro do Ministério Público em condição de subordinação é sujeitar a própria instituição Ministério Público, que deve ser vista por quem ela deveria olhar, investigar, controlar, em nível de igualdade e com absoluta liberdade. Dessa forma, assumir cargos políticos que prescindem da condição de membro do Ministério Público é romper seu princípio da indivisibilidade e unidade.

A possibilidade de assumir outros cargos e funções dentro da estrutura orgânica do próprio Ministério Público e a atuação do *Parquet* em compatibilidade com seus princípios e as suas finalidades institucionais

Compreender a proibição de que ao membro do Ministério Público é vedado *exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério*, prevista no art. 128, §5º, II, d, CRFB, como regra teleologicamente voltada à preservação da autonomia funcional da instituição e da independência funcional de seus membros como verdadeiro corolário do preceito fundamental da separação de Poderes enquanto o arranjo de freios e contrapesos da Constituição da República

ADPF 388 / DF

traz importantes implicações.

Em primeiro lugar, torna impossível se apegar à literalidade da norma ou compará-la com outras vedações previstas para as demais instituições ou carreiras republicanas (ainda que, frise-se, trate-se de carreira muito próxima quanto ao regime jurídico, como a da magistratura) a fim de que à luz de um silêncio do texto, aí se enxergue uma autorização inexistente.

Tanto é assim que esta Corte em mais de uma oportunidade, nos precedentes citados por sua Excelência, o Ministro Relator, entendeu que a vedação do art. 128, §5º, II, d, CRFB, não atingiria os cargos e funções dentro da própria organização (administração superior) do Ministério Público (exemplificativamente, ADI 3574, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 31.05.2007 e ADI 3298, Min. Gilmar Mendes, DJe 28.06.2007).

Em meu sentir, considerando os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional, dantes já delineados, as funções previstas para o Ministério Público arroladas no art. 129, CRFB, dizem respeito à instituição em si, e não aos seus membros considerados isoladamente, o que não seria condizente com o texto constitucional.

Dessa forma, o inciso IX desse mesmo dispositivo, que estabelece como função institucional *“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”*, ao ser harmonizado com a vedação prevista no art. 128, §5º, II, d, CRFB, não permite que membro, individualmente considerado, seja investido em cargo vinculado a outro Poder da República.

Nesse sentido, há decisões da Corte em sede de controle difuso em

ADPF 388 / DF

que se tem decidido não poder o membro do *Parquet* participar na qualidade conselheiro em Conselho de Polícia Civil, órgão vocacionado a apurar ato infracional disciplinar de policiais civis, o que inclusive tornaria nulo o procedimento administrativo. Nesse sentido: RE 740813-AgR-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 20.11.2014; RE 816759, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 20.06.2014; RE 757719, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.05.2014; RE 742055, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.06.2013.

Deve-se, porém, distinguir tais casos e dar a adequada interpretação a extensão da vedação prevista no art. 128, §5º, II, d, CRFB, justamente o que se postula – e frise-se, diante da nomeação do Ministro de Estado da Justiça, somente pode ser conferido em sede de ADPF, com eficácia vinculante – de modo a harmonizá-la com a abertura do inciso IX, do art. 129, CRFB.

Compreendo, na esteira da própria jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, que o fato de membro do *Parquet* não poder individualmente ser investido em cargo ou função, não significa nem pode significar que se prive a instituição de ter assento em Conselhos organicamente vinculados ao Poder Executivo (tais como, por exemplo, conselhos de Defesa da Criança e Adolescente), em que haja nítida compatibilidade com as funções do Ministério Público.

Nesse sentido, confira-se a ADI 3463, julgada em 27.10.2011 – em data posterior, portanto, à Resolução nº 72/2011, publicada no DOU em 15.07.2011 (eDOC 10), e cuja ementa ora transcrevo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 51 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSELHO ESTADUAL DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 1. O rol de atribuições conferidas ao Ministério

ADPF 388 / DF

Público pelo art. 129 da Constituição Federal não constitui numerus clausus. O inciso IX do mesmo artigo permite ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. 2. O art. 51 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro não confere competência ao Ministério Público fluminense, mas apenas cria o Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente, garantindo a possibilidade de participação do Ministério Público. Possibilidade que se reputa constitucional porque, entre os direitos constitucionais sob a vigilância tutelar do Ministério Público, sobreleva a defesa da criança e do adolescente. Participação que se dá, porém, apenas na condição de membro convidado e sem direito a voto. 3. Inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário”, porquanto a participação de membro do Poder Judicante em Conselho administrativo tem a potencialidade de quebrantar a necessária garantia de imparcialidade do julgador. 4. Ação que se julga parcialmente procedente para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao parágrafo único do art. 51 do ADCT da Constituição do Estado do Rio de Janeiro a fim de assentar que a participação do Ministério Público no Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente deve se dar na condição de membro convidado sem direito a voto; b) declarar a inconstitucionalidade da expressão “Poder Judiciário”. (ADI 3463, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 05.06.2012; grifei)

Ou seja, em casos tais deve-se prever uma atuação próxima à sua função enquanto *custos legis*. Será, conforme a lei autorizativa, uma instituição *presentada* por seu membro, apta a pluralizar o debate, porém sem direito a voto. Dessa forma, assegura-se e se respeita, inclusive, a indivisibilidade que caracteriza a instituição. Pense-se: não se trata de um membro do *Parquet* investido como conselheiro, mas sim de assento e função a ser exercida pela *instituição* Ministério Público.

ADPF 388 / DF

Do aproveitamento da experiência e *expertise* dos membros do Ministério Público: expressa determinação constitucional

É inegável que um membro de uma instituição com as atribuições do Ministério Público adquire experiência e *expertise* que podem colaborar com a atuação e gestão dos demais Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em suas atividades típicas e atípicas.

A Constituição, no entanto, traz regulação específica e apta a proporcionar as formas de aproveitamento dessa experiência e especialidade.

Como exemplo, tem-se, no seio do Poder Judiciário, a forma de composição plural dos Tribunais, conforme previsto nos arts. 94, 104, parágrafo único, II, 107, I, 111-A, I, 115, I, 123, II, etc. Recorde-se que em tal situação, como não poderia deixar de ser, deixa o magistrado empossado de ostentar a condição de membro do Ministério Público, passando a ser membro do Poder Judiciário.

Afora a exceção prevista no art. 29, §3º, ADCT, CRFB, e seu regramento, entendo que para ingressar em Poderes da República como o Executivo e o Legislativo como membro mediante a disputa de cargos eletivos, necessária se faz a exoneração do membro do *Parquet*.

De igual forma, para assumir cargo de Ministro de Estado ou outro cargo de primeiro escalão no Poder executivo, necessária se faz a sua exoneração, pois o sentido de "ainda que em disponibilidade" previsto no art. 128, §5º, II, d, CRFB, lido pelas lentes do preceito fundamental da independência funcional do *Parquet*, impõe, nos termos já delineados neste voto, a impossibilidade de seu afastamento temporário das funções ministeriais.

CONCLUSÃO

Pisando firme no terreno da normatividade constitucional, se faz

ADPF 388 / DF

presente, neste momento processual, o requisito da plausibilidade jurídica da violação ao preceito fundamental invocado – o preceito fundamental da independência funcional do Ministério Público como corolário da separação de Poderes. Dessa forma e, por via de consequência, igualmente se afigura presente o perigo de dano à segurança jurídica pela manutenção de membro do Ministério Público em cargo de confiança do Poder Executivo. Isso pois semear-se-ia um sem número de possíveis questionamentos quanto à legalidade dos atos até o momento praticados.

Consigno por oportuno que este julgamento, dotado de cognição, em princípio, mais rarefeita de um juízo liminar e prévio, possui, em atenção à regra geral dos efeitos desta modalidade de decisão e à segurança jurídica, efeitos *ex nunc*.

Dessa forma, a fim de que não parem quaisquer dúvidas entendo, desde logo, que o resultado do presente julgamento deve, quanto ao afastamento do Ministro de Estado da Justiça produzir seus efeitos sem macular quaisquer atos que tenham sido por ele praticados no exercício da função.

Tendo em vista que outros entes da Federação também possuem em suas administrações públicas membros do Ministério Público não abrigados pelo disposto no art. 29, §3º do ADCT e tomando em consideração a eficácia vinculante da decisão que ora se está a tomar, proponho a este Plenário que se modulem seus efeitos para o futuro quanto a essas situações. Isso porque a eficácia sem modulação pró-futuro da presente decisão liminar pode, por si só, suscitar ou causar inúmeros questionamentos e potenciais prejuízos nos diversos âmbitos e áreas da administração pública dos entes da Federação que esta Corte não tem como prever e tampouco ignorar.

Dessa feita, para os demais casos que não o presente e que se

ADPF 388 / DF

enquadrem na interpretação aqui delineada, proponho que os efeitos desta decisão principiêm, de forma análoga e à luz do disposto no art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/2010), no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sem prejuízo de cumprimentos voluntários em prazo anterior. Tal modulação é consentânea com o entendimento que vem sendo firmado por este Supremo Tribunal Federal, pelas razões acima estabelecidas, por razões de segurança jurídica evidente e também expressão de responsabilidade de um Tribunal que não apenas é o guardião da Constituição, mas também o Tribunal da Federação.

Em síntese, Senhor Presidente:

a) Não conheço da ADPF quanto à violação ao preceito fundamental da forma federativa de estado;

b) Não conheço da ADPF quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011 do CNMP, diante do não atendimento do princípio da subsidiariedade;

c) Conheço da ADPF quanto à violação ao preceito fundamental da independência do Ministério Público como corolário da separação de poderes, em especial por inexistir outro instrumento capaz de, gerando decisão dotada de efeito geral e vinculante, atacar o ato do poder público ora impugnado e abarcar a controvérsia constitucional quanto à interpretação do preceito fundamental invocado, o que atingirá não apenas nomeações pelo Presidente da República para cargos no Poder Executivo Federal, mas toda e qualquer nomeação por Chefe de Poder Executivo nos demais entes da Federação;

d) Depreendo, no olhar prefacial que caracteriza o juízo sobre a liminar, plausibilidade de violação ao preceito fundamental invocado, bem como *periculum in mora* a semear insegurança jurídica, com o

ADPF 388 / DF

afastamento liminar do Ministro do Estado da Justiça do cargo, caso não se exonere do cargo de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, sem, no entanto, macular quaisquer atos que tenham sido por ele praticados no exercício da função;

e) Considerando a eficácia vinculante da decisão liminar que se está a proferir e o potencial impacto na administração pública dos demais entes republicanos que se enquadrem na interpretação do preceito fundamental aqui delineado, proponho que os efeitos desta decisão principiem no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, sem prejuízo de cumprimentos voluntários em prazo anterior.

É como voto.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, também eu cumprimento o eminente Relator pelo voto denso e aprofundado que analisou a matéria.

Eu, pessoalmente, acho que está menos em jogo um ato governamental específico e mais em discussão a definição do perfil institucional do Ministério Público. Portanto, a discussão que aqui se faz é uma discussão de natureza constitucional de compreensão de como o Ministério Público deve funcionar dentro do balizamento constitucional brasileiro.

Eu devo dizer, Presidente, que eu tive alguma dificuldade quanto ao cabimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, por algumas razões. A primeira delas é que os atos impugnados são: um decreto de efeitos concretos da Presidente República e uma resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, revogadora de outra, que se limitaria a declarar algo que já decorre da Constituição.

A presente hipótese poderia ser enfrentada por uma ação subjetiva, em um processo individual. E, de fato, a questão foi objeto de uma ação popular, na qual se concedeu medida liminar, que veio posteriormente a ser suspensa pelo Tribunal Regional Federal, penso até mais por deferência ao Supremo do que propriamente por divergência em relação ao conteúdo da liminar.

Portanto, eu não acho que este cabimento seja um cabimento singelo. Pelo contrário, entendo que é um cabimento extremamente complexo. Porém, aqui, existem, a meu ver, duas singularidades das quais nós não podemos nos afastar.

A primeira delas, Presidente, é que, na ADPF 378, da relatoria original do Ministro Luiz Edson Fachin, após o ajuizamento do pedido,

ADPF 388 / DF

foram ajuizadas também medidas cautelares que questionavam atos concretos, praticados no âmbito da Câmara dos Deputados. O Ministro Fachin deu a medida cautelar suspendendo os atos e trouxe a matéria a este Plenário para discutirmos a validade e a eficácia de atos concretos. E o Plenário, por unanimidade, entendeu cabível a ADPF e, por maioria, efetivamente concedeu a medida cautelar naquela hipótese. A justificativa que o Ministro Fachin trouxe, quando apresentou a matéria em Plenário, é que, apesar de serem atos concretos, existia relevante controvérsia constitucional. Portanto, nós temos um precedente, muito recente, de aceitarmos a deliberação sobre ato de efeitos concretos.

E penso também que, singularizando este caso quanto ao cabimento, há um argumento trazido pelo Ministro-Relator, no seu voto, que me pareceu digno de nota. É que, na verdade, nós não estamos aqui propriamente discutindo, em sede de processo objetivo, o ato específico de nomeação do Ministro da Justiça; nem - eu penso - a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que revogou uma resolução. Eu teria dificuldade de declarar a inconstitucionalidade de uma resolução revogadora, mas - e acho que esse foi um *insight* relevante trazido pelo Relator - o que nós estamos discutindo aqui é a institucionalização de uma prática que se afigura contrária à Constituição, pelo menos à luz da jurisprudência que o Tribunal sempre praticou. Portanto, penso que esta é a matéria que está sendo deliberada, e ela, sim, tem cabimento em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em que se discutiu a questão da anencefalia, em que eu mesmo fui advogado - uma fase farta e florida da vida, e não essa fase espartana e espinhosa, mas boa, porque permite servir ao País -, o fundamento da ação era a existência de um conjunto de decisões judiciais discrepantes, porque - e funcionava assim, Ministro Gilmar - o médico, para realizar o procedimento, exigia autorização judicial. Por causa disso, a gestante precisava ir ao juiz e pedir autorização judicial para interromper a gestação. Alguns juízes davam autorização e outros negavam a autorização. Dessa forma, havia um conjunto de decisões judiciais

ADPF 388 / DF

divergentes, em que muitos juízes não permitiam a interrupção da gestação, o que, a meu ver, violava gravemente o direito fundamental das mulheres à liberdade reprodutiva.

Portanto, na ADPF 54, havia um conjunto de decisões judiciais. Na presente ADPF, há um conjunto de decisões administrativas. Há, como o ilustre Advogado-Geral da União fez portar aos Ministros, em memorial, mais de duas dezenas de atos administrativos contendo essas nomeações, muitos dos quais aprovados pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Por estas razões, penso que a relevância da questão constitucional e a existência de uma prática administrativa reiterada em contraste com a jurisprudência do Supremo constituem elementos que justificam o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Portanto, o meu encaminhamento, que não discrepa do voto do Relator, é que nós vamos nos pronunciar - e, aí talvez, com ligeira divergência - não sobre o ato específico de nomeação do Ministro da Justiça nem sobre a validade da Resolução, nós vamos nos pronunciar acerca da legitimidade ou não de se nomearem membros do Ministério Público para cargos políticos no Poder Executivo.

E, então, eu passo ao mérito da minha manifestação, que é breve, Presidente, não sem antes elogiar, como já fizeram os meus antecessores, os eminentes advogados que estiveram na tribuna, Doutor Renato Campos Galuppo; o Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardoso, a quem desejo sorte na árdua missão; o eminente ex-Procurador-Geral da República Doutor Aristides Junqueira; e o não menos eminente e estimado Doutor Rodrigo Janot.

Eu começo o meu voto, quanto ao mérito, para dizer que não vejo relevância - eu propriamente não estou dizendo que não conheço, porque eu acho que já conheci da ação -, mas eu não vejo relevância na invocação do princípio federativo neste caso. Acho que não tem, com todas as vênias, nenhuma pertinência.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Apenas esclarecer porque, havido o voto do ministro Fachin, também não vi nenhuma relevância e sequer mencionei, mas simplesmente a questão não assumiu relevância em meu voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Porque a afirmação da inicial é que o ato impugnado "sujeita um agente público do Estado da Bahia a ser subordinado da Presidente da República". Se esse argumento pudesse prevalecer, se fosse procurador da República, então, poderia, porque é um agente público federal. E, se fosse um defensor público estadual, não poderia, o que também não me parece ser uma tese pertinente.

De modo que a questão do princípio federativo, eu acho que não se aplica.

Eu acho que há dois dispositivos, aqui, relevantes, já lidos pelo eminente Relator, e eu vou abreviar minha exposição, que são o art. 127, § 1º, da Constituição, cuja dicção é a seguinte:

"São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional."

E o segundo dispositivo relevante é o art. 128, § 5º, II, *d*, que inclui entre as vedações aos membros do Ministério Público:

"exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;"

E eu, aqui, concordo com a eminente Ministra Cármen Lúcia quando observa que o art. 129, inclusive o inciso XI, se refere a funções institucionais do Ministério Público e não a cargos para os quais o membro do Ministério Público seja convidado *ratione personae*. Nós, aqui, estamos falando de posições em que o eventual indicado vai *ratione institutionem*, e não *ratione personae*.

Portanto, interpretando esses dois dispositivos que acho que são

ADPF 388 / DF

relevantes, o 128, § 5º, II, *d*, e o 127, § 1º, na verdade, interpretando o 128, § 5º, II, *d*, à luz do princípio da independência funcional, inscrito no art. 127, § 1º, parece-me que a jurisprudência que se formou, aqui, no Supremo Tribunal Federal, é a melhor e é a que deve prevalecer, com todas as vênias dos ilustres advogados que sustentaram, da melhor forma possível, os argumentos disponíveis em sentido contrário.

Penso que o propósito da Constituição foi equiparar as vedações aplicáveis ao Ministério Público às vedações que são aplicáveis à Magistratura e que constam do art. 95 da Constituição. Até porque, pedindo todas as vênias à igualmente proficiente sustentação do doutor Rodrigo Janot - e acho que essa talvez seja a questão institucional mais delicada. Ao se validar a nomeação de procuradores de justiça, por exemplo, a cargos de ministro de Estado ou de qualquer outro cargo essencialmente político, cria-se, para os membros do Ministério Público, um incentivo para agirem politicamente, para agirem com considerações políticas na sua função de proteção do interesse público, inclusive, eventualmente, para conquistar a simpatia do chefe do Executivo e obter determinado cargo público.

Portanto, este não é o tipo de incentivo que a Constituição e o Supremo Tribunal Federal queiram dar a um órgão que deve ter insulamento em relação à política e distanciamento crítico em relação a políticas públicas e decisões tomadas no âmbito do processo político.

E aqui eu registro que a atuação de promotores e procuradores de justiça em cargos políticos da Administração Pública, dentro de administrações que foram eleitas por um partido político, que estão implementando um determinado projeto político, a meu ver, incide também na proibição da alínea *e*, do art. 128, §5º, II, porque ser Ministro de Estado e ser Secretário de Estado não deixa de ser, em alguma medida, uma atuação político-partidária. O papel de um Ministro de Estado, além da sua subordinação à vontade do Presidente da República, é fazer valer o programa de governo, seja do partido, seja da Administração, que tem uma dimensão essencialmente política.

Portanto, entendo que quem exerce função de Estado, como é o caso

ADPF 388 / DF

do membro do Ministério Público, não deve poder exercer função de governo. Função de Estado exige distanciamento crítico e imparcialidade; e função de governo exige lealdade e engajamento.

Na medida em que falei isso e vi as pessoas na plateia, lamento pelas consequências imediatas que esta nossa decisão produzirá sobre pessoas de grande capacidade, de grande qualificação, que atualmente desempenham cargos como Secretários de Estado, em muitos Estados da Federação, e que prestam bons serviços ao país. Mas aqui não é uma decisão em razão das pessoas; é uma decisão de proteção institucional, proteção deste papel exponencial que a Constituição deu ao Ministério Público. E, assim, como acho que quem tem armas não pode ter poder político - quem tem armas têm que estar subordinado ao poder civil -, acho que quem tem os poderes que o Ministério Público tem, tanto de denúncia como de tutela do interesse coletivo, não pode estar ligado a políticas de governo.

Sem mencionar - e aqui vou concluir, Presidente - que, por exemplo, o Ministério Público propõe ações civis públicas de grande relevância, seja em matéria ambiental, seja em matéria de proteção de direitos dos presos, seja em matéria de proteção de direitos das minorias em geral, muitas vezes contrapondo-se a governos, como é próprio do seu papel. Penso que seria péssima a suposição de que o Ministério Público possa estar ajuizando ações civis públicas ou tendo qualquer tipo de atuação, inclusive e sobretudo em matéria criminal, que possa estar conectada a qualquer tipo de interesse político. De maneira que o insulamento, aqui, em relação à atividade política é o que protege o Ministério Público; e, mais do que proteger o Ministério Público, é o que protege a cidadania de eventual malversação desse poder imenso que a Constituição deu ao Ministério Público. Dessa forma, nesse exemplo que dei das ações civis públicas, a simples dúvida de que uma ação judicial proposta pelo Ministério Público possa ter motivação política, para mim, já é grave o suficiente.

Gostaria de deixar claro, Presidente, antes de concluir, que estou me pronunciando sobre a investidura de membros do Ministério Público em

ADPF 388 / DF

cargos do Poder Executivo, em cargos de natureza política do Poder Executivo, de livre nomeação e livre exoneração pelo Chefe do Executivo. Não estudei aqui, porque não era a hipótese, questões próximas, mas distintas, como a dos Conselhos - tanto o Ministro Gilmar como o Ministro Fachin já ressaltaram. Mas há outras possibilidades. Não cogitei aqui, por exemplo, se o Presidente do Conselho Nacional de Justiça cogitar de ter a assessoria, numa determinada situação particular, de um membro do Ministério Público. Essa questão não está incluída - não estou nem dizendo que sim nem que não - nas minhas preocupações aqui. Logo, o que estou afirmando peremptoriamente, e, portanto, aderindo à conclusão do Ministro-Relator e à do Ministro Fachin, com pequenas variações, é a de que membro do Ministério Público não pode ocupar cargo político no âmbito do Poder Executivo, como são, por exemplo, os de Ministros de Estado e os de Secretário de Estado.

Gostaria de ressaltar que a nossa decisão, embora não inove em relação à jurisprudência do Supremo, inova em relação a uma prática que era admitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Por esse motivo, penso que devemos deixar claro que nenhum ato que tenha sido praticado até aqui por esses agentes públicos deixa de ser válido por esta razão; a invalidade vai existir daqui para frente.

E também estou de acordo, não para o caso concreto, do Ministro da Justiça, que acabou de ser nomeado, mas para os casos de membros do Ministério Público que já estejam em exercício há algum tempo - e, pelo que eu vi da listagem aqui, muitos já estão há bastante tempo -, que se assegure um prazo de transição. Eu tinha pensado em trinta dias, mas o Ministro Fachin usou a analogia da Lei de Introdução ao Código Civil e, assim, utilizou quarenta e cinco dias. Para não divergir nessa miudeza - até porque acho que é um critério razoável e objetivo -, eu estou também aderindo a esta sugestão de um período de quarenta e cinco dias, porque, nos casos de secretário de segurança, por exemplo, talvez seja preciso escolher o nome e realizar uma transição adequada.

Portanto, Presidente, eu estou deferindo a cautelar, acompanhando o Relator no deferimento para afirmar, como a razão de decidir e como tese

ADPF 388 / DF

jurídica do meu julgamento, que membros do Ministério Público não podem ser investidos em cargos políticos do Poder Executivo, como por exemplo, os de Ministro de Estado e os de Secretário de Estado. E, tal como Ministro Fachin, a concessão do prazo de transição de quarenta e cinco dias vale para quem já estava no cargo há algum tempo; e, logo, não se aplica a esta situação específica, a qual é uma nomeação corrente e presente.

Pedindo todas as vênias aos ilustres profissionais que sustentaram diferentemente, é como voto, Presidente.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ainda estamos no início da tomada de votos. Até aqui foram três. Vossa Excelência pretende concluir esse julgamento ainda no dia de hoje?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Se os Colegas concordarem...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Justifico a indagação: tenho agenda no Gabinete.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro, eu proporia aos Colegas que nós cancelássemos, mais uma vez, infelizmente, a Sessão Administrativa, mas nós temos um encontro marcado com a discussão do Estatuto da Magistratura, portanto, eu convocarei uma próxima para a quarta-feira subsequente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, acho que, de qualquer forma, valeria adiantar, porque amanhã ficarei uma parte da sessão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu entendo.

Eu proporia, então, cancelar a Sessão Administrativa e nós continuarmos mais um pouco. Se o Ministro Marco Aurélio quiser adiantar o voto, Vossa Excelência ficaria à vontade para isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se os Colegas concordarem, porque, realmente, não gosto de assumir compromissos e deixar de honrá-los, adiantarei o voto.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite, Ministro Marco Aurélio? Essa é uma questão tão sensível, de tamanha importância, que é fundamental que terminemos hoje essa votação.

Então eu faria um apelo a Vossa Excelência, se Vossa Excelência puder...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Serei muito breve.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, não é isso, que Vossa Excelência realmente pronuncie seu voto, que será muito bem-vindo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não tomarei mais do que cinco minutos do Colegiado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se houvesse liminar com alcance de proceder ao retorno do, hoje, Advogado-Geral da União, José Eduardo Cardozo, ao Ministério da Justiça, a implementaria, porque Sua Excelência honrou e engrandeceu o Ministério da Justiça.

Há quem diga, coisa na qual não acredito, que o Supremo tudo pode. Já veiculei que talvez essa óptica decorra da circunstância de não haver órgão acima dele, para aferir o merecimento ou não dos pronunciamentos que formalize. O Supremo pode nos estreitos limites – porque a atuação é vinculada ao Direito positivo –, do arcabouço normativo, da legislação em vigor, especialmente a constitucional.

Concordo com o que foi asseverado da tribuna pelo Advogado-Geral da União. Normas instrumentais encerram segurança jurídica. Diria, como já o fiz neste Plenário, que encerram liberdade em sentido maior: saber, em um certo processo, o que pode ou não ocorrer.

A situação é ímpar, porque, na primeira parte – diria, considerada a inicial da ação, tal como formalizada, sem cogitar do aditamento –, trata-se de ação em processo objetivo, com endereço certo: fulminar ato do Executivo nacional, fulminar a escolha de um grande quadro do Ministério Público da Bahia, em termos de serenidade, em termos de cultura, a escolha do Procurador de Justiça, para a titularidade de Ministério da maior importância, como é o da Justiça, o procurador Wellington César Lima e Silva.

Será que podemos transmutar essa arguição de preceito fundamental, a versar simples escolha de titular de pasta na Esplanada dos Ministérios? Será que podemos transmudá-la em ação individual? Em um mandado de segurança? Em uma ação popular, tal como ajuizada na Primeira Vara Federal de Brasília? A resposta para mim, Presidente, sob pena de se colocar a organicidade do Direito em segundo plano, é

ADPF 388 / DF

desenganadamente negativa.

A segunda parte, alusiva à resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Ouvi aqui que, a pretexto de se regulamentar, se teria lançado, no cenário jurídico, ato normativo abstrato autônomo ao se pretender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental faça as vezes de ação direta de inconstitucionalidade. No memorial, muito bem redigido, como os memoriais em geral da Advocacia-Geral da União, cita-se precedente – e não estou querendo enaltecer ato praticado no passado – da minha lavra, ou melhor, um precedente do Plenário, considerado voto que prolatei como Relator, em que se assentou:

"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – IMPROPRIEDADE – “ERRO GROSSEIRO” – afastando-se o princípio da fungibilidade – " – ADMISSÃO COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Inadmitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante “erro grosseiro” na escolha do instrumento,...” – e, na primeira parte, o instrumento está sendo utilizado para fulminar um ato do Poder Executivo Nacional – “...considerado o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99,...” – não me consta que o preceito foi revogado – “...descabe recebê-la como ação direta de inconstitucionalidade.”

ADPF 314, Agravo Regimental.

Em época de crise – e precisamos admitir que estamos praticamente no pico de uma crise sem precedentes –, cabe observar princípios e valores, atuar com serenidade, com temperança, com apego – vou repetir mais uma vez – ao Direito positivo.

Não tenho a menor dúvida que essa decisão do Supremo acaba agravando a crise institucional vivenciada. Constatamos que o arguente é um partido político que, certamente, não está na base do Governo, o Partido Popular Socialista. É parte legítima, não há a menor dúvida, universal, como ressaltou o ministro Luiz Edson Fachin, para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF 388 / DF

Mas utilizou essa ação nobre, que deveria ser reservada a situações realmente de repercussão maior, indevidamente.

A questão que estamos a enfrentar é, sim, institucional. E, no caso, não cabe flexibilizar as normas de regência, não cabe a interpretação ampliativa dessas normas de regência.

O óbice, e fica até difícil sustentar, é intransponível, praticamente já certificado em documento público. Tem-se meio eficaz para afastar do cenário o ato de escolha do Procurador de Justiça. Tanto se tem, que foi ajuizada ação própria, a ação popular, admitida pelo Juízo da Primeira Vara Federal de Brasília, que implementou liminar, ou seja, pronunciamento de urgência.

Podemos desconhecer, sem eleger o critério de plantão para julgamento deste caso, reiterados pronunciamentos do Supremo? E não houve discrepância. Esses pronunciamentos estão mencionados no memorial da Advocacia-Geral da União, da Secretaria-Geral de Contencioso. A meu ver, não, Presidente. A ação de descumprimento de preceito fundamental não é panaceia. Não é remédio para todos os males. A ação de descumprimento de preceito fundamental não pode ser admitida para, simplesmente, cassar-se – e não sei se a cassação é realmente com "ss" ou com "ç" – ato do Executivo Nacional.

Há mais: a regência é da lei regedora da arguição de preceito fundamental. E salta aos olhos, pelo menos para mim, o óbice decorrente dessa mesma lei, à admissibilidade da ADI.

Ouvi as sustentações da tribuna; o representante do partido arguente, o Advogado-Geral da União e também o Doutor Aristides Junqueira, falando pela Conamp, e não tenho a menor dúvida – a não ser que haja desaprendido por completo e possa passar borracha nos reiterados pronunciamentos do Tribunal – quanto à incidência do óbice legal. Ou ele não existe?

Há a problemática alusiva ao sistema de processamento da ação popular, chegando-se ao Supremo. Mas não se chegue com queima de etapas, *per saltum*. Este é outro problema, no que decorre da ordem jurídica em vigor. Concorro com o Ministro, se não me falha a memória,

ADPF 388 / DF

Luiz Edson Fachin ou Luís Roberto Barroso: um dos dois disse que a suspensão da liminar – estava, na oportunidade, atendendo a uma necessidade fisiológica e ouvi pelo autofalante – decorreu de deferência ao Supremo, ou seja, para ouvir-se a voz do todo poderoso Supremo.

O meu entendimento sobre a Constituição Federal está no acórdão, tão mencionado, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.574-6, mas tenho dificuldade enorme em implementar medida acauteladora neste caso. Se o fizer, a esta altura – e jamais chegaria a uma extensão fora do pedido formulado, fulminando outras nomeações que se têm nos estados brasileiros –, contrariaria a premissa de meu voto. Daria o dito pelo não dito para, simplesmente, cassar o ato da Presidente da República, desgastando-a, ainda mais, no cenário nacional e aprofundando a crise decorrente do impasse entre Executivo e Legislativo, que aprofunda, agrava, a econômica-financeira, esta a repercutir na mesa do trabalhador. Onde vamos parar, Presidente?

Estou impossibilitado – sob o ângulo instrumental, não substancial, considerada a Carta da República –, no caso, de deferir a liminar. Então, não admito, em um primeiro passo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela impossibilidade jurídica. Declaro o arguente carecedor da ação proposta e, em passo seguinte, indefiro a liminar.

É como voto e peço licença para me retirar, Presidente, visando, ante o horário, cumprir a agenda do Gabinete.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, com a vênia do Ministro Marco Aurélio, eu conheço da ação.

Confesso que também fiquei com uma certa dúvida a respeito da Resolução 2011, pela razão trazida pelo próprio Relator de que se trata de uma resolução que, na verdade, operou uma revogação. Ela expressamente teve o propósito de não disciplinar. Essa foi a sua finalidade. Ocorre que, também como salientou o Ministro-Relator, essa revogação foi entendida com uma autorização e veio acompanhada de uma subsequente instauração de uma espécie de costume ou de uma prática de deferimento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ministro Teori, até por conta da pressa, nem tive tempo de esclarecer isso, mas esclareci no sentido de que veio este entendimento... Nos *consideranda*, nós já temos também esses esclarecimentos de que o intuito era inclusive permitir o exercício e talvez lograr uma mudança do entendimento do Supremo. Isso também está dito nos *consideranda*. Mas a norma aqui é aquilo que já falava o Larenz, o velho Reale, o também professor Peter Häberle, quer dizer, a norma é sua interpretação. Nesse sentido, nós não podemos desacoplar essa norma revogadora – como Vossa Excelência está fazendo – da práxis que depois se seguiu. Veja que nós tivemos os precedentes. Tivemos mandados de segurança aqui contra o CNMP quando o CNMP indeferiu a ida de membros do Ministério Público para governos estaduais, com base na resolução anterior. E depois se passou a permitir sem maiores embaraços.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - De qualquer modo, em outras oportunidades o Tribunal tem promovido o controle em

ADPF 388 / DF

abstrato da constitucionalidade de certas práticas. Há pelo menos dois exemplos a respeito de práticas instituídas no processo legislativo do Congresso Nacional, que foram objeto de controle pelo Supremo.

E quanto ao mérito, vou manter a jurisprudência do Supremo, não só porque se trata de uma jurisprudência consolidada, mas porque realmente é uma jurisprudência que, no meu entender, espelha exatamente o mandamento constitucional.

Invoca-se o artigo 129, inciso IX, da Constituição, como autorizador do exercício dessas funções por membros do Ministério Público. Ocorre que o artigo 129 é o que define as funções institucionais do Ministério Público, ou seja, as funções que pertencem tipicamente ao cargo atribuído aos membros do Ministério Público. E o inciso IX tem que ser interpretado nesse contexto. O inciso IX trata de funções a serem exercidas na condição de procurador ou de promotor. Para usar uma expressão aqui utilizada pelo Procurador-Geral da República, são aquelas funções que se exercem com o chapéu de promotor. Isso é que explica que se admita a possibilidade de um promotor ou de um procurador exercer cargos em conselhos. Ele o faz na condição de procurador ou de promotor.

Em suma, eu poderia resumir meu voto da seguinte maneira: não se pode considerar função institucional do Ministério Público aquela que, para ser exercida, deva o membro do Ministério Público se afastar do cargo, como é o caso. Para exercer a função de Ministro de Estado, ele tem que se afastar, tem que pedir afastamento do cargo, ou da função de promotor. Não pode ser considerada esta uma função institucional.

Com essas breves considerações, eu vou acompanhar o Relator. Eu só gostaria de fazer um acréscimo quanto à liminar. A liminar realmente deve ter um efeito *ex nunc*, mas a consideração do efeito *ex nunc*, no meu entender, deve ser entendida, como aliás o Ministro Barroso também fez referência, nesse sentido de preservar os atos passados, praticados no exercício da função estranha à do Ministério Público. Mas não admitir que, daqui para frente, os detentores desses cargos continuem praticando. Talvez seja o caso também - e eu tinha aqui imaginado um prazo de cinco

ADPF 388 / DF

dias, e não aquela imediatidade sugerida no voto do Relator...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Permita-me, Ministro Teori? Eu estava aqui refletindo um pouco sobre isso e dialoguei com o Ministro **Barroso**, com o Ministro **Celso**, com o Ministro **Gilmar** e, também, agora, com o Ministro **Fachin** sobre uma proposição que eu faria, já no meu voto, ao acompanhar o Ministro **Gilmar**. Já transformaríamos a deliberação em julgamento definitivo, como fizemos outras vezes, porque tudo se encaminha para um resultado, pelo que verifico, em maior ou menor grau, dependendo do conhecimento que estabelece o voto, em parte, divergente do Ministro **Fachin**. Proponho desde logo já fazer o julgamento definitivo e fixaríamos um prazo razoável de vinte dias, já com o julgamento definitivo, e não nessa discussão de liminar, se a liminar é *ex tunc*, se a liminar é *ex nunc etc*. Já a convolaríamos em julgamento definitivo e estabeleceríamos um prazo de vinte, vinte e cinco dias, o que for razoável segundo o Colegiado, num denominador comum.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Para eventuais desenlaces quanto à exoneração.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu não tenho nenhuma oposição a isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu também não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Apenas acho que quarenta e cinco dias seja um prazo demasiado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Muito grande.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Se até para Ministro de Estado, nós estamos dizendo que tem que ser imediato, eu acho que

ADPF 388 / DF

para um chefe...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aqui nós chegamos a uma ideia de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu queria observar que devemos ser pouco transigentes com as práticas que afrontam a jurisprudência do Supremo. Neste caso, houve o propósito inequívoco de enfrentar a jurisprudência do Supremo, por isso me parece que não podemos estender esses prazos em demasia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria dar uma informação de caráter regimental, que talvez possa auxiliar na solução dessa controvérsia. Regimentalmente, nós aprovaríamos a ata amanhã e ela só poderia ser publicada na segunda-feira. Portanto, nós teríamos o resultado possivelmente proclamado hoje, de forma pública, teríamos amanhã, sexta-feira, fim de semana e segunda-feira. São cinco dias.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

E mais vinte dias, porque isso envolve estados, outras áreas. Penso que já convolaríamos a liminar em julgamento definitivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E porque, em alguns estados, inclusive, a questão é mais grave, porque se tem situações de Secretário de Segurança Pública e de Defesa Social...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas a questão é substituir. Vinte dias, (inaudível) também é um pouco exagerado...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Dá tempo para fazer a transição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há, também, secretários. Penso em vinte dias, a partir da publicação da ata. O Relator parece que se põe de acordo, e julgaríamos já em definitivo.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. O Ministro Barroso fez uma distinção entre os casos que ocorrem nos estados, muitos deles por anos já, e outro que é este que estamos examinando em particular, que é a nomeação do Ministro feita dois dias atrás, salvo melhor juízo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Se nós olharmos o voto do Ministro Gilmar Mendes está parecendo esse prazo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Inclusive abrangendo o Ministro ora nomeado.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, todos. E aí já julgamos o mérito, para não termos que revisitar esse tema daqui a seis meses.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas se eu entendi, o ministro Barroso não ressaltou os secretários.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, o Ministro fez uma distinção, salvo melhor juízo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu não apliquei ao Ministro da Justiça recém-nomeado, apliquei à situação dos estados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o Ministro Toffoli está propondo estender ao Ministro da Justiça?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Para julgarmos em definitivo a ADPF, não só a liminar. Vinte dias, a partir da publicação da ata, todos se adéquam. Pronto. Obviamente que os atos praticados são válidos até lá, etc e tal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E, com um prazo desse, talvez pudéssemos inclusive

ADPF 388 / DF

minimizar uma eventual crise, porque, com vinte dias, é possível planejar uma transição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Sim, nos estados. Não fica um prazo tão longo como quarenta e cinco dias, nem tão curto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a decisão do Ministro Gilmar tem dois capítulos. No primeiro deles, ele estabelece uma eficácia instantânea.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E essa eficácia de vinte dias seria para o segundo item?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Isso. Deixe eu reler o voto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Se fosse conveniente, Presidente, continuar a tomada de votos e, ao final, considerar já o que se tem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - O Ministro Gilmar está de acordo que se transforme em julgamento definitivo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Estou.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - E que se faça uma modulação para aplicar em vinte dias, a contar da publicação da ata.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vinte dias, afetando inclusive as designações já efetivadas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Certo.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Portanto cessa a ultra-atividade. Todos os que foram nomeados têm de ser exonerados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ou seja, esses vinte dias a partir da publicação da ata, na verdade, são vinte e cinco dias, que é um prazo mais do que razoável.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

É um bom prazo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É o tempo para que não haja também solução de continuidade para aqueles que estão...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim, perfeito.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, com essa retificação de voto do Ministro-Relator, eu acompanho Sua Excelência integralmente.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, quando examinamos, há algumas semanas, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade de execução antecipada da pena em *habeas corpus* sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, eu disse que, a respeito da relevância, da importância da questão, estava me orientando, nesta Corte, no sentido de privilegiar a sua jurisprudência, pelo valor dos precedentes em si. E esse tem sido o meu norte.

Tive, com relação especificamente a esta ADPF, as mesmas dúvidas que alguns já manifestaram quanto ao conhecimento da ação, em especial em função do princípio da subsidiariedade.

E aqui, Senhor Presidente, eu me escuso, pela pressa, por ter deixado de louvar, no primeiro momento, o voto profundo, denso do Ministro Gilmar Mendes e as belíssimas sustentações orais - todas elas extremamente ricas e com dados relevantes à reflexão.

Como eu dizia, tive dúvidas com relação, em especial, ao princípio da subsidiariedade, mas estamos a examinar a ação em sede de cautelar e, atenta à ADPF 33 e à ADPF 378 quanto especificamente à interpretação do art. 4º, § 1º, da Lei 9.282/99, vejo que o Supremo está fazendo um novo desenho, está emprestando a esse importante instrumento processual e constitucional - antes de tudo - uma arquitetura nova.

Por isso, peço vênias ao Ministro Marco Aurélio e acompanho, frente à relevância da matéria constitucional, o Relator quanto ao conhecimento da ação.

E, quanto à questão de fundo, ainda que não se trate mais, pelo visto, de juízo de deliberação - pela conversão desde logo em exame definitivo -, eu acompanho, com todas as vênias às compreensões contrárias, o entendimento manifestado pelo eminente Relator. E o faço não só pelos precedentes todos e pela jurisprudência consolidada da

ADPF 388 / DF

Corte, mas também pelo meu convencimento, pela minha leitura da Constituição, a partir do art. 127 conjugado com o art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" , do texto constitucional, com a compreensão de que há impedimento sim ao exercício de cargo outro, ainda que em disponibilidade. Afasto a propugnada interpretação sistemática a partir do art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, porquanto compreendo que este dispositivo diz respeito - como a Ministra Cármen Lúcia, em primeiro lugar, ainda hoje, aqui apontou - à instituição Ministério Público, e não aos membros do Ministério Público isoladamente ou individualmente considerados.

Então, com essas breves considerações, é **como voto**.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, ilustre representante do Ministério Público, egrégio Tribunal Pleno, ilustres advogados aqui presentes.

Senhor Presidente, eu também gostaria de louvar aqui as belíssimas sustentações que foram proferidas da tribuna e também destacar que, na sua manifestação inaugural, foi belíssima a sustentação do eminente Ministro José Eduardo Cardozo, a quem eu também, se estivéssemos em um sistema anglo-saxônico, defenderia um *injunction* para ver se ele voltava imediatamente para o Ministério da Justiça. Mas Vossa Excelência mostrou-se, também, extremamente hábil na Advocacia-Geral da União, de sorte que até uma acumulação seria desejável.

Senhor Presidente, vários argumentos aqui já foram utilizados e eu gostaria talvez de fazer a minha abordagem sob uma outra óptica rápida. Nós já chegamos à conclusão aqui, em algumas ações de controle de constitucionalidade, que as ações constitucionais são ações também, e a elas se aplica a teoria geral das ações. Por essa razão, nós admitimos cumulação de pedidos aqui, falamos em "*causa petendi* aberta" e já recentemente aduzimos à possibilidade da fungibilidade das ações constitucionais. Porque, toda vez que há uma lesão grave a um bem jurídico, se a todo direito corresponde uma ação que o assegura, é preciso aproveitar a ação proposta.

Nosso Decano tão bem explorou esse tema, em um determinado momento, sobre as ações possessórias. Em qualquer moléstia à posse, ainda que a parte ingresse com ação de reintegração, se o caso é de manutenção, dá-se a manutenção. Dá-se uma fungibilidade das ações, sem violar o princípio de que o juiz está adstrito ao pedido. Assim também tem que ocorrer com relação às ações constitucionais, porque não há agressão maior do que agressão à própria Constituição. Então, se

ADPF 388 / DF

ingressa com ADPF e nós verificamos que a hipótese é de ADI, nós temos que aceitar, porque daqui não passa, não tem para onde ir.

Por outro lado, nós estávamos em sede de medida de urgência, mas, ainda que não estivéssemos, as Leis 9.868 e 9.882 se interpenetram, elas se aplicam subsidiariamente. Então, a ação de preceito fundamental é um pouco mais econômica nos ditames procedimentais, mas ela admite a integração através da Lei 9.868, que dispõe sobre a ação declaratória de inconstitucionalidade, de sorte que o conhecimento desta ação dar-se-ia de toda e qualquer maneira. Quer dizer: é uma ADPF e, ainda que não fosse, a ação seria absorvida pelo Supremo Tribunal Federal, porque aqui é uma questão constitucional que precisa ser resolvida e ela tem que ser resolvida pelo guardião da Constituição Federal, que é o próprio Supremo Tribunal Federal.

Anotei, ainda, que a própria Lei da ADPF diz que não se admitirá a arguição de descumprimento de preceito quando houver qualquer meio eficaz. O voto do Ministro Gilmar Mendes traz aqui uma lição de Klaus Schlaich que é insuperável no sentido de que a própria Corte Constitucional alemã, diante dos recursos cabíveis, diante da atipicidade de recursos, admite que esse recurso tenha maior amplitude se for para a defesa da ordem constitucional.

Ora, não há meio mais eficaz do que a ADPF, basta que nós observemos os limites subjetivos da coisa julgada nessa decisão de preceito fundamental. E ela é tão mais eficaz que há aqui o pedido de modulação para que se resolva uma questão que tem um espectro muito maior do que esse voltado para a simples, digamos assim, exoneração de um integrante do Poder Executivo. Então, entendo que ela é eficaz, ela é efetivamente o meio mais eficaz e ela é perfeitamente admissível, quer sob o ângulo constitucional, que aqui já foi exposto, quer sob o ângulo processual.

No tocante à parte de mérito, eu também tenho, digamos assim, uma admiração especial pelo Procurador Wellington Silva, porque pertencia ao Ministério Público e o conheço de há muito - ele tem todas as virtudes para exercer qualquer cargo -, mas a verdade é que nós estamos aqui mais

ADPF 388 / DF

ou menos como estávamos quando do julgamento da Lei da Ficha Limpa 1, ou seja, na Lei da Ficha Limpa 1, havia uma ponderação do princípio da moralidade política, mas havia uma regra constitucional estabelecendo que não se podia mudar a regra do jogo eleitoral no próprio ano, de acordo com o art. 16, e, num confronto constitucional entre regras e princípios, não há como um princípio superar uma regra. E aqui nós temos uma regra clara, que é a regra, aqui já mencionada, do art. 128, inciso II, que veda que integrante do Ministério Público exerça, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Então, evidentemente, através de um belo raciocínio, articula-se que isso estaria gerando uma certa antinomia com o inciso IX.

Sucede que nós não vivenciamos o problema que o professor Otto Bachoff denominou de inconstitucionalidade de normas constitucionais. No nosso sistema, é vigente o princípio da unidade da Constituição. Então, as regras constitucionais não são antinômicas. Elas têm que ser harmonizadas numa interpretação, e essa interpretação se dá exatamente, como aqui já foi exteriorizado por todos os Ministros que me antecederam, no sentido de que a regra é clara, *in claris cessat interpretatio*: não pode exercer outra função pública. E o que o inciso IX estabelece é que as funções públicas passíveis de exercício são funções *interna corporis*, são aquelas funções inerentes ao próprio Ministério Público.

Mas, ainda que nós quiséssemos duvidar da possibilidade de debatermos essa questão da inconstitucionalidade de normas constitucionais, nós teríamos uma solução à luz do princípio geral que está insito no art. 127, que diz qual é a função do Ministério Público, como aqui destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, que, também, na sua obra sobre Curso de Direito Constitucional contemporâneo, é assertivo no sentido de que não há antinomias, nós temos o princípio da unidade da Constituição, que é um princípio de interpretação da própria Constituição Federal.

Então, a Constituição Federal não tem normas antinômicas, cada uma tem um destino certo. E, ainda que nós estivéssemos em dúvida nessa ponderação, nós teríamos que fazer prevalecer a regra maior do art.

ADPF 388 / DF

127, que estabelece quais são as funções do Ministério Público, entre as quais vai estar incluída, exatamente, essa de exercer uma função na Administração Pública.

Eu, então, acompanhando essas modificações que foram aqui propostas, transformando julgamento em julgamento definitivo, eu acompanho, integralmente, o voto do Ministro-Relator, do Ministro Gilmar Mendes, com essa modulação temporal. E apenas para conjurar qualquer dúvida, em razão desse julgamento já definitivo, o item "b" da conclusão de Vossa Excelência é excluído...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na verdade *"Determinar a exoneração, nas quais, ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação solicitada, no prazo de ..."*

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É imediata, não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. Tirei o "imediata". "No prazo de 20 dias, a contar da publicação da ata do presente julgamento."

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ah, sim.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na linha que o Presidente tinha...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a primeira tese é estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da instituição.

Estou de acordo, Senhor Presidente, acompanhando, integralmente, o Relator com essas adaptações.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, eu cumprimento, inicialmente, o próprio Partido Popular Socialista pela propositura dessa ação, porque havia uma discussão na sociedade sobre a legitimidade ou não de uma pessoa, que não está aqui em julgamento, a pessoa desse Procurador de Justiça, que é a mais qualificada possível, e vários Colegas já se manifestaram nesse sentido.

Mas ficava essa polêmica: pode ou não pode? O Ministro Relator, imediatamente, pautou o tema para que o Colegiado decidisse, diante da delicadeza da matéria. Vossa Excelência aqui, de pronto - embora tenhamos uma pauta de seiscentos, setecentos processos liberados -, diante da necessidade desse julgamento, colocou a matéria, imediatamente, em pauta para que nós deliberássemos sobre ela numa assentada única - como estamos a fazer aqui. Já transformando o julgado em julgamento de mérito, ou seja, em menos de uma semana, em quatro, cinco dias, contando o final de semana, estamos decidindo uma ação de maneira definitiva e não pontualmente para esse cargo ou aquele, mas para o conjunto do Ministério Público como um todo.

Cumprimento as sustentações orais, em especial, a do Advogado-Geral da União. Subscrevo as palavras do Ministro **Marco Aurélio** que, se estivesse aqui a decidir uma liminar para que Vossa Excelência voltasse, ele a concederia. Cumprimento Vossa Excelência, como um grande profissional do Direito, um grande professor, pela desenvoltura que demonstra ter. Senti uma certa leveza, inclusive, por estar na função de Advogado-Geral da União.

Mas, nesta oportunidade, também, eu faço o registro, como o próprio novo Advogado-Geral da União o fez, o eminente Ministro **José Eduardo Cardozo**, do trabalho realizado por meu sucessor lá na

ADPF 388 / DF

Advocacia-Geral da União, Luís Inácio Adams, que é merecedor do nosso maior respeito.

Feitos os elogios, Senhor Presidente, eu julgo procedente a ação, na forma do voto do Relator, agora adequado com os itens a e b.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

Agradeço a brevidade e a concisão de Vossa Excelência e felicito-o também pela proposta de convolarmos esse julgamento em julgamento definitivo, de provisório em definitivo.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, não posso deixar de fazer as mesmas observações, de reiterar as observações quanto à excelência das sustentações orais, mas enfatizar a presença na tribuna do Ministro José Eduardo Cardozo, pela sua excelência, acompanhado por todos os outros, evidente, mas pela condução, especialmente porque ele vem exatamente do cargo, que é um dos que acaba sendo tocado por esta situação, portanto, pela grandeza com que se põe neste assunto.

E, também como afirmou o Ministro-Relator, o Ministro Gilmar, esta não é uma ação que gostaria de estar julgando, porque o tema é da maior importância, mas tem razão o Ministro Marco Aurélio, como ela vem num momento de dificuldades de toda ordem, evidentemente, neste caso, isto tem uma repercussão e uma consequência muito mais gravosa.

Também, Senhor Presidente, estudei com muito cuidado a questão dos requisitos para o cabimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, porque temos dois outros casos, um dos quais fui Relatora, no caso chamado "o caso dos pneus usados", em que se discutiu muito se poderia, se não poderia, em que condições valer-se desta via processual. O Plenário decidiu que havia uma questão tão relevante, que era mais importante, por ser a que dá possibilidade de pleno cumprimento à Constituição, se ter o julgamento na forma para que se cumprisse a justiça constitucional. Acho que é isso que estamos fazendo quando se cogita, aqui, da relevância da questão jurídica posta. E, neste ponto, enfatizo não se estar a cogitar de uma ou outra pessoa, mas do regime Constitucional do Ministério Público, no que se reporta, especificamente, ao ponto relativo às vedações dos membros do Ministério Público, a interpretação do artigo 129, particularmente, quanto ao item IX, que se refere às funções institucionais do Ministério Público, que, evidentemente, se faz presente em Conselhos etc., como

ADPF 388 / DF

representante da instituição ou fazendo presente a instituição.

Também me parece superável a questão muito bem posta pela Advocacia-Geral da União quanto à dificuldade relativa à necessidade de haver a subsidiariedade, mas, neste caso - enfatizou de uma forma especial o Ministro Barroso -, há um questionamento permanente sobre isso por questões de processos administrativos, com um dado que me chama a atenção: é difícil questionar quando se trata de Secretário de Estad. O Ministério Público, o Conselho do Ministério Público estadual, por exemplo, terá anuído com a saída daquele membro, o Governador assim deseja. E esta é uma questão que acaba não tendo muito quem leve a juízo para questionar e depois se ter uma solução. E isso se prolifera, então, com questões que ficam pendentes, num caso se permite, em outro caso não. Por isso, acho que também neste caso, tal como posto pelo Ministro Barroso, achei que era um dado suficiente para a superação da dúvida que surge sobre o cabimento desta arguição de preceito fundamental.

Também chamo atenção para a circunstância de que estamos a tratar aqui institucionalmente, e não de nomes, porque nenhuma dúvida sobre os nomes postos, nem de secretário, muito menos menos do Ministro nomeado para o cargo de Ministro da Justiça. Mas esse Ministério é de particular relevância. Para se ter ideia da sua relevância, basa lembrar que o Ministério da Justiça, no Brasil, foi criado antes de se “criar” o Brasil. O Decreto do Príncipe Regente Pedro de Bragança é de 3 de julho de 1822. O grito às margens plácidas do Ipiranga é de setembro daquele ano, e só depois, então, se teve Brasil como Estado, quer dizer, foi este Ministério criado antes, por isso o Presidente da República nomeia, em primeiro lugar, o Ministro da Justiça, para se ter uma ideia da importância deste cargo. Portanto, não se cuida, absolutamente, da envergadura de um ou outro nome, até porque, falou pela União exatamente quem foi Ministro com tanta galhardia, com tanta proficiência, que é o Ministro José Eduardo Cardozo. Por isso mesmo, e por essa relevância, é que tenho que, em tempos mais difíceis, há que se ter mais cuidado, principalmente quando já há uma jurisprudência do Supremo na interpretação das

ADPF 388 / DF

normas. Quem dirige em estrada haverá de ter sempre deparado, alguma centena de vezes, com placas que dizem: "Sob neblina, use luz baixa". Se os tempos estão difíceis, não faça estrepolia, não tente fazer; na dúvida, não faça algo, principalmente que é questionável constitucionalmente, neste caso, interpretado constitucionalmente pelo Supremo num determinado sentido. Quer dizer, haverá consequências para os Estados que têm esses secretários, mas são consequências decorrentes exatamente de uma interpretação que contrasta com o que se consolidou como jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Com base exatamente no artigo 127, que estabelece a principiologia que estrutura o Ministério Público como instituição autônoma - e que de alguma forma ficaria comprometida -, é que sobreveio a Emenda Constitucional 45 a alterar e estabelecer esta vedação do artigo 128, II, que não me parece diga respeito à instituição, mas ao membro do Ministério Público.

O Ministro José Eduardo, na tribuna, não me lembro de ter lido no memorial, faz uma afirmativa que também precisa ser levada em consideração: relativamente ao artigo 129, inciso IX, não se tem, para o Poder Judiciário, aquela vedação institucional, que me parece decorrer de situação óbvia: o Poder Judiciário não pode ter outras instituições senão aquelas fixadas constitucionalmente. Então não teria por que, nem como, nem a mínima possibilidade de se ter uma outra norma permitindo, porque o Ministério Público faz parte de outros conselhos, faz parte de outras entidades, presta outras funções, só não poderia, diz a Constituição, nem exercer a representação judicial nem a consultoria jurídica, como antes da Constituição de 1988 chegou-se a admitir, porque os procuradores exerciam as funções de advocacia. Então com esse diferencial não haveria de se dispor em norma sobre vedação, já incluída no estatuto constitucional da magistratura. Esta a razão, portanto, que me leva a não poder considerar este dado como determinante da interpretação a ser dada a esse dispositivo.

Portanto, como disse - e por isso perguntei ao Procurador no início - , quis esclarecimento do Procurador-Geral da República no início deste

ADPF 388 / DF

juízo, e antes mesmo de ouvir o voto do eminente Ministro-Relator, se estávamos cuidando apenas do artigo 128 que é afirmativo: "É vedado". Portanto, sendo vedado exercer outro cargo ou função, não há como se admitir que ele passe a figurar como auxiliar do governador, no caso do Estado, ou do Presidente, porque o auxiliar é submetido, é submisso, e a submissão é incompatível com os princípios estabelecidos no artigo 127 da Constituição, e, logo, não poderia mesmo ser possível de se admitir para um membro do Ministério Público.

E o artigo 129, a meu ver, é o que faz diferente, com todas as vênias, diz respeito à instituição, e a instituição poderá receber outras funções, ressalvadas as de representação judicial e de consultoria jurídica, desde que compatíveis com as finalidades institucionais do Ministério Público, porque, claro, não pode fazer parte de uma empresa ou coisa que o valha. Exatamente essa a interpretação que me parece compatível com o que se põe nos termos constitucionalmente estabelecidos.

Portanto Presidente, acompanho o brilhante voto do Ministro Gilmar Mendes, com a convolação deste juízo em juízo definitivo, e também acolho a fixação do prazo de vinte dias contados, portanto, da data da publicação da ata do juízo, para fins de cumprimento pleno e integral do que aqui fixado como sendo os comportamentos compatíveis com a Constituição, na interpretação dos princípios e regras a prevalecerem sobre os membros do Ministério Público.

E é como voto, Senhor Presidente.

09/03/2016

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e princípio da subsidiariedade

Cumpr verificar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, na espécie, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face do que prescreve o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe:

“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (grifei)

O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ 189/395-397, v.g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor:

“– O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de

ADPF 388 / DF

lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.

A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, **pois**, para que esse postulado possa **legitimamente** incidir – **impedindo**, desse modo, o acesso **imediato** à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, **revela-se essencial** que os instrumentos disponíveis **mostrem-se** capazes de neutralizar, **de maneira eficaz**, a situação de lesividade que se busca **obstar** com o ajuizamento desse ‘writ’ constitucional.

– A norma inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 – que consagra o postulado da subsidiariedade – estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer **outro** meio processual **revestido** de aptidão para fazer cessar, **prontamente**, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado.”

(RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, Rel. Min. CELSO DE MELLO) revela que o princípio da subsidiariedade **não pode** – **nem deve** – ser invocado **para impedir** o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **eis que** esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais **e** de preceitos fundamentais **contemplados** no texto da Constituição da República.

Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade **poderia afetar** a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, **inaceitável frustração do sistema de amparo jurisdicional**, instituído na Carta Política,

ADPF 388 / DF

concernente a valores essenciais, a preceitos fundamentais **e** a direitos básicos, **com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.**

Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal **deve** interpretar a regra inscrita **no art. 4º, § 1º**, da Lei nº 9.882/99, **em ordem a permitir** que a utilização dessa **nova** ação constitucional possa **efetivamente** prevenir **ou** reparar lesão a preceito fundamental **causada** por ato do Poder Público.

Não é por outra razão que esta Suprema Corte **vem entendendo que** **a invocação** do princípio da subsidiariedade, **para não conflitar com o caráter objetivo** de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, **supõe a impossibilidade** de utilização, *em cada caso*, **dos demais instrumentos de controle normativo abstrato:**

*“(...) 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental **para solver** controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, **inclusive anterior** à Constituição (norma **pré-constitucional**) (...). 9. ADPF configura modalidade de integração **entre** os modelos de perfil difuso **e** concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, **porque o que se postula nessa ação** é a declaração de ilegitimidade **ou** de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente (...). 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99): **inexistência** de outro meio eficaz de sanar a lesão, **compreendido** no contexto da ordem constitucional global, **como aquele apto** a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários **e** recursos extraordinários **não deve excluir, ‘a priori’, a utilização** da arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em virtude** da feição **marcadamente objetiva** dessa ação (...).”*

(ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei)

ADPF 388 / DF

A pretensão ora deduzida nesta sede processual, tal como o demonstrou o eminente Relator, não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o que permite – *satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade* – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado.

Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização, na espécie, do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2. O significado da vedação prevista no artigo 128, § 5º, II, “d”, da Constituição

É preciso enfatizar, Senhor Presidente, *sempre e cada vez mais*, o enorme significado que tem, *para a vida do País e a de seus cidadãos*, a existência de um Ministério Público **forte e independente**, de um Ministério Público **que se mostre livre e imune a injunções marginais e a condutas desviantes**, perpetradas pelos detentores do Poder, *que tanto corrompem a integridade do regime democrático, a probidade administrativa e a dignidade da atividade estatal, que constituem valores subordinantes e essenciais à prática responsável da regência e direção do Estado, a significar que essa notável instituição da República não pode sujeitar-se nem deixar-se manipular por pretensões governamentais inconfessáveis ou por recônditos desejos de dominação política.*

Ninguém desconhece, Senhor Presidente, **que o Ministério Público, com a reconstrução da ordem constitucional** em nosso País, **emergiu** sob o signo da legitimidade democrática. **Ampliaram-se-lhe** as atribuições; **dilatou-se-lhe** a competência; **reformulou-se-lhe** a fisionomia institucional; **conferiram-se-lhe** os meios necessários à consecução de sua

ADPF 388 / DF

destinação constitucional; **atendeu-se, finalmente, a antiga** reivindicação da própria sociedade civil.

A Constituição da República, ao fortalecer o Ministério Público, **atribuiu-lhe posição de inquestionável eminência político-jurídica e concedeu-lhe** os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, **deferindo-lhe uma condição singular na estrutura e organização do poder.**

Sabemos que regimes autocráticos, governantes ímprobos e cidadãos corruptos temem um Ministério Público independente, **pois** o Ministério Público, **longe de curvar-se** aos desígnios dos detentores do poder – **tanto** do poder político **quanto** do poder econômico –, **tem** a percepção superior **de que somente** a preservação da ordem democrática **e** o respeito efetivo às leis da República **revelam-se dignos** de sua proteção institucional.

É preciso não desconsiderar as lições da História, Senhor Presidente, **e reconhecer que um Ministério Público independente e consciente** de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, **sem** tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática **constitui a certeza e a garantia da intangibilidade** dos direitos dos cidadãos, **da ampliação** do espaço das liberdades fundamentais **e do prevailecimento** da supremacia do interesse social, **especialmente** em um País como o nosso, em que **ainda** lamentavelmente se evidenciam relações antagônicas e conflituosas **que tendem a patrimonializar** a coisa pública, **confundindo-a com a esfera privada de terceiros, ou que submetem** pessoas indefesas ao arbítrio do Estado onipotente, **ou que expõem** essa massa enorme de explorados **e** despossuídos à **avidez predatória** daqueles que, **criminosamente**, desprezam, com **insensível** desrespeito às leis, à consciência moral, à solidariedade social **e** à Constituição, **os valores básicos** sobre os quais se funda **qualquer** sociedade digna, justa e fraterna.

ADPF 388 / DF

Um Ministério Público forte e independente, consciente da alta responsabilidade institucional que lhe foi atribuída pela vontade soberana do Povo, **reunido** em Assembleia Nacional Constituinte: **eis o significativo legado** cuja preservação **incumbe** a essa *importantíssima* Instituição da República, **pois** – *insista-se* – **o Ministério Público representa** o órgão estatal **a que a própria Constituição** outorgou a especial incumbência **de impedir que o abuso de poder, que a prepotência dos governantes, que o desrespeito às liberdades públicas, que a transgressão ao princípio da moralidade administrativa e que a ofensa aos postulados estruturadores** do Estado Democrático de Direito **culminem** por gerar **inadmissíveis** retrocessos, **incompatíveis** com o espírito republicano e **inconviventes** com a prática legítima do regime democrático.

Para viabilizar a consecução dos altos objetivos que orientam a ação fiscalizadora do Ministério Público, **foram-lhe atribuídas, como Instituição**, determinadas garantias de ordem objetiva, **como aquelas previstas no art. 127 da Lei Fundamental.**

Mais do que isso, o legislador constituinte **outorgou** aos membros do Ministério Público os **mesmos** predicamentos da magistratura (**CF** art. 128, § 5º, I), **concedendo-lhes** prerrogativas destinadas a assegurar-lhes adequada proteção viabilizadora **do exercício independente** das funções que lhes foram atribuídas.

Ao mesmo tempo que assim procedeu, **o constituinte impôs** aos membros do “*Parquet*” as **mesmas** incompatibilidades **que incidem** sobre os magistrados em geral, **com especial destaque** para a regra **que veda, de modo (quase) absoluto, o exercício de outra função pública, salvo uma de magistério** (**CF** art. 128, § 5º, II, “d”).

ADPF 388 / DF

Estabeleceu-se, no contexto desse quadro normativo, verdadeira fórmula transacional, em ordem a manter perfeita relação de equilíbrio entre magistrados e membros do Ministério Público **no que se refere** ao gozo **das mesmas** prerrogativas **e** à incidência **das mesmas** situações de incompatibilidade.

Cabe fazer aqui uma observação – que tenho por relevante – que permite colocar em perspectiva, Senhor Presidente, para efeito de adequada compreensão do sentido da cláusula constitucional em exame, a busca do elemento histórico e a pesquisa em torno das circunstâncias políticas, sociais, econômicas e culturais que condicionaram o legislador constituinte na formulação do preceito questionado.

É certo que a “*mens legislatoris*”, embora não assuma nem se revista de caráter decisivo e preponderante na definição hermenêutica (GERALDO ATALIBA, “Revisão Constitucional”, “*in*” Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito – Introdução e Teoria Geral”, p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar; CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1946”, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi, v.g.), constitui, não obstante, um dado relevante que pode e deve ser considerado pelo intérprete **no processo** de exegese constitucional.

Revela-se importante, por tal motivo, indagar das razões e do contexto histórico **que levaram** o constituinte a conceber, a debater, a aprovar e a promulgar determinada regra constitucional, como essa que se acha inscrita no art. 128, § 5º, II, “d”, de nossa Carta Política. Nesse sentido, cabe reproduzir, ante a sua extrema pertinência, fragmento de um valioso e esclarecedor estudo que o Dr. LUIZ ALBERTO DOS SANTOS, antigo Subchefe da Casa Civil da Presidência da República (2003/2014), fez sobre a origem mesma **e** sobre as razões determinantes **relativas** à cláusula

ADPF 388 / DF

vedatória fundada no preceito constitucional em questão (“**Constituição proíbe que membro do Ministério Público seja ministro de Estado**”, *Revista CONJUR*, edição de 08/03/2016):

“A tese reiteradamente adotada pelo STF é consentânea com o que o Constituinte Originário considerou aspecto relevante para estabelecer as garantias e vedações aos membros do Ministério Público.

A Assembleia Nacional Constituinte, em 12 de abril de 1988, deliberou sobre o tema. Na oportunidade, o texto do substitutivo então apresentado por parlamentares de diferentes partidos consignava as garantias e vedações aos membros do Ministério Público, na forma que veio a ser promulgada em 5 de outubro. O texto foi aprovado por 350 Constituintes, de um total de 383 votantes.

A seguir, na mesma sessão, foi submetida a votos a Emenda 123, do Deputado José Carlos Grecco, que visava permitir o exercício, por membro do Ministério Público, além do magistério, de ‘cargo administrativo de excepcional relevância, não podendo, durante o afastamento, ser promovido se não por antiguidade’.

Ao encaminhar o voto contrário à proposta, o Deputado José Costa assim se manifestou:

‘Sr. Presidente, o que queremos para o Ministério Público? No art. 156 queríamos transformar o Ministério Público, hoje vulnerável e dependente, numa instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais, individuais e indisponíveis.

Para muitos o Ministério Público teria até virado um quarto Poder. Demos ao Ministério Público, para que desempenhasse essas relevantíssimas funções no interesse maior da sociedade e até da democracia, do estado de direito democrático que pretendemos construir, amplas garantias constitucionais.

ADPF 388 / DF

Pois bem, demos aos membros do Ministério Público a mesma amplitude das garantias que demos à Magistratura: a garantia da vitaliciedade; a garantia da inamovibilidade; a garantia da irredutibilidade de vencimentos. A essas garantias deveria corresponder a contrapartida das vedações, dos encargos. Em verdade, essas garantias são privilégios funcionais só justificados em função do relevantíssimo papel que cabe na sociedade ao Ministério Público.

Ora, Sr. Presidente, Sras., Srs. Constituintes, agora se pretende que o Ministério Público, contrariamente ao que acontece com o juiz, possa desempenhar funções administrativas. É necessário que o Ministério Público esteja absolutamente separado da Administração.

(...)

Precisamos de um Ministério Público tal como está configurado aqui. Para muitos é até um quarto Poder, mas a sociedade precisa da ação e do desempenho desse Ministério. Todavia, às prerrogativas, privilégios e garantias que estamos dando ao Ministério Público devem corresponder vedações. Esta é a contrapartida, e ele deve ficar absolutamente separado da administração.

O relator geral da Constituinte, senador Bernardo Cabral, expressou a seguinte posição:

‘A ‘mens legis’ que norteou o posicionamento do órgão do Ministério Público no Projeto que há pouco foi aprovado, no respectivo Capítulo, não pode condescender com a presente emenda, em que pese à excelente sustentação feita pelo eminente Constituinte Roberto Jefferson [sic]. Por que, Sr. Presidente? Porque o Ministério Público está sendo colocado, em importância, ao lado da magistratura. E é evidente que qualquer desvio de função comprometeria essa independência.

.....

ADPF 388 / DF

Por esta razão, Sr. Presidente, a relatoria opina pela rejeição da emenda.'

A emenda, então, foi rejeitada, com o voto contrário de 268 constituintes, entre 367 presentes.

Tal histórico fortalece a tese de que não existe margem de interpretação possível para que o membro do Ministério Público possa exercer a função de Ministro de Estado, ou de Secretário de Estado ou de Município, senão renunciando ao cargo de membro, ou dele se desligando mediante aposentadoria voluntária por tempo de contribuição ou idade. (grifei)

Irrecusável, por isso mesmo, que a “flexibilização hermenêutica” introduzida pelo Conselho Nacional do Ministério Público culmina por dispensar tratamento diferenciado e mais favorecido que só faz beneficiar os membros do Ministério Público que ingressaram na Instituição após 05/10/1988, ensejando interpretação que, além de frontalmente inconstitucional e manifestamente conflitante com a jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, faz instaurar situação de desequilíbrio em relação aos integrantes do Poder Judiciário, não obstante ostentem estes, os magistrados, a condição de referência paradigmática quanto à titularidade dos predicamentos, das prerrogativas e dos impedimentos que, em bases idênticas, foram estendidos, pela Assembleia Nacional Constituinte, aos agentes do Ministério Público.

É por essa razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – com ressalva da norma excepcional de direito transitório fundada no art. 29, § 3º, do ADCT – firmou-se no sentido de reputar inadmissível, por explícita ofensa ao texto da Constituição, cujos limites semânticos não podem ser ignorados pelo intérprete, a possibilidade de o membro do Ministério Público ocupar e exercer outros cargos e funções estranhos à carreira que integra (ADI 2.084/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 2.836/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – ADI 3.298/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADI 3.838-MC/DE, Rel. Min. AYRES BRITTO – ADI 3.839-

ADPF 388 / DF

-MC/MT, Rel. Min. AYRES BRITTO – **AI 768.852-AgR/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **MS 26.325-MC/DE**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **MS 26.584-MC/DE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **MS 26.595/DE**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RE 738.577-AgR-segundo/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

“O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Inadmissibilidade da licença para o exercício dos cargos de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato.”

(ADI 2.534-MC/MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO DE SERGIPE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. EXERCÍCIO DE OUTRA FUNÇÃO. ART. 128, § 5º, II, ‘d’, DA CONSTITUIÇÃO.

I. O afastamento de membro do ‘Parquet’ para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público.

II. Os cargos de Ministro, Secretário de Estado ou do Distrito Federal, Secretário de Município da Capital ou Chefe de Missão Diplomática não dizem respeito à administração do Ministério Público, ensejando, inclusive, se efetivamente exercidos, indesejável vínculo de subordinação de seus ocupantes com o Executivo.

III. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos itens 2 e 3 do § 2º do art. 45 da Lei Complementar sergipana 2/90.”

(ADI 3.574/SE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Cabe lembrar, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário

ADPF 388 / DF

(ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 1.628/1.629, item n. 128.12-A, 9ª ed., 2013, Atlas; HUGO NIGRO MAZZILLI, “**Regime Jurídico do Ministério Público**”, p. 289/297, item “e”, 8ª ed., 2014, Saraiva; EMERSON GARCIA, “**Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico**”, p. 557/560, item n. 44.8, 2ª ed., 2005, Lumen Juris; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Constituição Federal Anotada**”, p. 1.201, 10ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), **valendo reproduzir, no ponto, fragmento da lição exposta** por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“**Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**”, p. 187, item n. 2.5, 3ª ed., 2012, Atlas):

“Por isso mesmo, a discrecionalidade administrativa, da mesma forma que é limitada pelo Direito, também o é pela Moral; entre as várias soluções ‘legais’ admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o ‘mínimo ético’ da instituição. Tome-se o seguinte exemplo concreto: a Constituição prevê a possibilidade de nomeação, sem concurso, para cargos em comissão declarados, em lei, de livre provimento e exoneração; supondo-se que, para determinados cargos, não haja qualquer exigência ou restrição específica, o Poder Executivo terá um amplo leque de opções, todas elas válidas perante o Direito. Mas, se a sua escolha recair sobre um membro do Ministério Público, por exemplo, estarão solapadas as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição. O exercício de função política pelos membros do Ministério Público fere a Moral administrativa, porque coloca em dúvida a credibilidade de uma instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilícitos contra ela praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra os atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função da confiança deste último?” (grifei)

ADPF 388 / DF

Importante assinalar, ainda, que eminentes Ministros do E. Superior Tribunal de Justiça têm igualmente perfilhado essa mesma orientação:

“1. Ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, exceto uma do Magistério (art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Carta Magna); essa vedação se estriba na necessidade de preservar a liberdade funcional dos Membros do MP e assegurar-lhes a indispensável independência e autonomia, em face das superiores atribuições que o art. 127 da Constituição confere à Instituição Ministerial.

.....
3. A vedação constitucional de o membro do Ministério Público exercer outras funções estranhas ou externas à Instituição se projeta naturalmente na legislação infraconstitucional, a saber, na LC 75/93 e na Lei 8.625/93, que reproduzem os magnos dispositivos da Constituição Federal. (...).”

(RMS 32.504/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – grifei)

“1. O artigo 123 da Lei Estadual nº 7.366/80, que prevê a participação de membro do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (artigo 128, § 5º, II, ‘d’), que vedou ao membro do ‘Parquet’ o exercício de função pública, exceto uma de magistério, fora da administração do Ministério Público.

2. ‘Fora das exceções previstas pelo texto constitucional, a regra prevista pelo art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Constituição é absoluta, na medida em que abrange toda e qualquer função pública, como o exercício de cargos em Ministérios e Secretarias de Estado, de assessorias das mais variadas espécies e mesmo nos casos de participação em conselhos estaduais, federais ou municipais’ (ADI 3.298/ES, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 29.6.2007).

ADPF 388 / DF

3. Nulidade do processo administrativo disciplinar que culminou na demissão dos impetrantes da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, pois relatado por representante do Ministério Público no Conselho Superior da Polícia Civil daquele Estado.

4. Recurso ordinário provido."

(RMS 15.156/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

3. Validade jurídica dos atos praticados pelo servidor "de facto" e a teoria da investidura aparente

Nem se diga que a decisão *que está sendo construída* neste julgamento implicará invalidação dos atos e resoluções **emanados do Senhor Ministro da Justiça, **considerada a inconstitucionalidade** de sua investidura funcional.**

Cumpre rememorar, a esse propósito, a jurisprudência desta Suprema Corte que, por mais de uma vez (MS 26.603/DF** Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **já aplicou** a tais situações **a teoria** do servidor "*de facto*", **fundada na doutrina da aparência do direito**.**

Não se pode desconhecer, quanto a esse tema, o magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito das questões surgidas em decorrência **da investidura funcional "de facto", orientando-se esta Corte, na matéria em causa, **no sentido** de fazer preservar, **em respeito** aos postulados da confiança **e** da boa-fé dos cidadãos, da segurança jurídica **e** da aparência do Direito, **a integridade** dos atos praticados pelo funcionário de fato:**

"A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado que haja participado de julgamento não implica a

ADPF 388 / DF

nulidade deste. Milita, a favor da administração pública, a presunção de legitimidade dos respectivos atos, sendo o magistrado considerado como servidor público de fato.”

(HC 71.834/RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma)

Na realidade, a jurisprudência desta Corte Suprema **tem advertido**, no exame da controvérsia **pertinente** ao denominado **servidor de fato**, que, **“Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são válidos os atos por eles praticados”** (**RDA 126/216**, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – grifei).

Esse entendimento jurisprudencial – **é importante assinalar** – **nada mais reflete** senão a orientação do mais autorizado magistério doutrinário (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 257/260, itens ns. 3.2 a 4, 8ª ed., 2006, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 236, item n. 2, 22ª ed., 2007, Malheiros; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Manual de Direito Administrativo”, p. 533/534, item n. 3, 12ª ed., 2005, Lumen Juris; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 471, item n. 12.1, 20ª ed., 2007, Atlas, v.g.), **que reconhece, com fundamento na teoria da investidura aparente, “a legitimidade dos atos praticados por funcionários de fato (...)”** (THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “Tratado de Direito Administrativo”, vol. IV/84, 4ª ed., 1961, Freitas Bastos).

Todas essas razões permitem-me reconhecer, Senhor Presidente, que, **não obstante** os fundamentos **em que se apoia** este julgamento, **subsistem íntegros** os atos oficiais **praticados** pelo Senhor Ministro da Justiça.

ADPF 388 / DF

4. Conclusão

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, acompanho**, com a devida vênica, o *brilhante voto* **proferido** pelo eminente Relator, **por entender necessário preservar-se a autonomia institucional do Ministério Público e salvaguardar-se a essencial independência funcional** de seus membros, **pois** – *cabe sempre enfatizar* – **os integrantes** do Ministério Público, *para serem fiéis ao seu múnus funcional*, **hão de prestar reverência, unicamente, à supremacia da Constituição e à autoridade das leis da República, impedindo-se, desse modo, com o efetivo respeito à vedação inscrita** no art. 128, § 5º, II, “d”, da Carta Política, **que se estabeleça um indesejável vínculo de subordinação ao Poder Executivo, como já advertiu** este E. Plenário do Supremo Tribunal Federal (**ADI 3.574/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

É o meu voto.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu inicio o meu voto cumprimentando especialmente o nosso novo Advogado-Geral da União pelo brilho e pela proficiência com que se houve da tribuna, sem prejuízo dos demais oradores, mas salientando que, logo na primeira sustentação oral, Sua Excelência já teve à frente um encargo muito difícil, que é defender uma tese contra a qual a jurisprudência do Supremo já estava absolutamente consolidada, como se viu agora.

Em segundo lugar, eu gostaria de reafirmar aquilo que já foi dito pelos meus eminentes Pares. Aqui nós não estamos julgando a pessoa do Ministro da Justiça recém-nomeado, Doutor Wellington César Lima e Silva. Eu tive o prazer e a honra de conhecê-lo no dia 26 de fevereiro, em Salvador, na Bahia, num seminário em que se cuidava de penas alternativas. Eu tive a melhor das impressões desse digno integrante do Ministério Público baiano.

Eu estou lendo, aqui, na tela de meu computador, que alguns jornais já estão dizendo que a maioria do STF vota para anular a nomeação do novo Ministro. Isso não é verdade, não corresponde à realidade. Nós simplesmente estamos afirmando uma tese que é a incompatibilidade de um membro do Ministério Público de assumir um cargo no Poder Executivo. Trata-se de uma tese *in abstracto*. Sua Excelência o Ministro da Justiça recém-nomeado, Doutor Wellington César Lima e Silva, em querendo, poderá manter-se no Ministério, evidentemente, se quiser exonerar-se do Ministério Público. Claro que é uma decisão difícil, personalíssima, mas o Supremo Tribunal Federal absolutamente não está interferindo na decisão da Presidência da República.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Um Colega de Vossa Excelência, professor da Universidade de São

ADPF 388 / DF

Paulo no Largo de São Francisco, Alexandre de Moraes, deixou a carreira do Ministério Público há muitos anos para assumir um cargo público no Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso mesmo.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, nessa linha, se Vossa Excelência me permitir, julgo extremamente apropriada a observação que Vossa Excelência está a fazer, inclusive, para eventual conclusão a ser anunciada, eis que um dos pedidos finais da inicial diz respeito à declaração de nulidade que, pelo que estou a depreender, pelo menos vai na linha, vai ao encontro do que Vossa Excelência está a assentar, nós estamos a preservar os atos praticados. Portanto, nesta medida, creio que, até com a aquiescência de Sua Excelência o Relator, é extremamente importante a elucidação que Vossa Excelência vem de fazer.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem lembrado. Ministro Fachin, realmente é isto. A nossa decisão, que já se mostra majoritária, inclusive com a adesão do meu voto, não implica nenhuma censura à Senhora Presidente da República nem cerceia o poder que lhe é dado pela Constituição no art. 84, inciso I, de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado. Portanto, não há nenhuma interferência com o ato de nomeação do Doutor Wellington César Lima e Silva para o elevado cargo de Ministro da Justiça. Estamos afirmando apenas uma tese.

Eu também tive algumas dificuldades de superar as preliminares muito bem ventiladas da tribuna, mas fiquei absolutamente convencido depois do substancial voto do Ministro Relator, Ministro Gilmar Mendes, de que é preciso fazer uma leitura um pouco mais abrangente do princípio da subsidiariedade. É preciso prestigiar esse instrumento importante que é a ADPF toda vez que ela se revele um remédio processual rápido e eficaz para dar pronta solução a uma controvérsia que verse sobre matéria constitucional de interesse geral.

E é exatamente este o caso. Nós estamos nos defrontando, como foi

ADPF 388 / DF

salientado por inúmeros magistrados que me antecederam, especialmente pelo Professor e Ministro Barroso, que existem inúmeras situações mal resolvidas por todo o País de nomeações de membros do Ministério Público para o Executivo local, estadual, às vezes até municipal, e agora nos defrontamos com este caso da nomeação de um membro do Ministério Público da Bahia para o cargo de Ministro da Justiça. Portanto, neste caso, para resolver de uma vez por todas essas perplexidades que se perpetuam no tempo, e há bastante tempo, diga-se, a ADPF é o remédio adequado.

Além do precedente já ventilado pelo Ministro Gilmar Mendes e agora trazido à baila pela Ministra Rosa Weber, que é a ADPF 33, eu lembro também que, na questão de ordem da ADPF 72, relatada pela Ministra Ellen Gracie e julgada pelo Tribunal Pleno no dia 1º de junho de 2005, Sua Excelência aplicou – e foi adotada esta técnica pelo Plenário da Corte – o princípio da fungibilidade. E tratávamos também, naquela ocasião, de atacar um ato específico, que era justamente a Portaria 156/2005 da Secretaria Executiva da Fazenda do Estado do Pará, que fixava, para fins de arrecadação do ICMS, um novo valor de preço mínimo de mercado interestadual para o carvão vegetal. Portanto era um ato específico, não obstante isso, atacado por uma ADPF, a Corte entendeu que, ainda que não fosse conhecida a ADPF, poder-se-ia recebê-la como uma ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, mesmo que a Corte não abraçasse – como abraçou, de fato, praticamente à unanimidade – o argumento do Ministro Gilmar Mendes de que se deve elastecer a ADPF no sentido do seu conhecimento, nós, eventualmente, poderíamos até – se fosse o caso, mas não é o caso – conhecer desta ADPF como uma ADI.

No mérito – não quero me alongar –, eu tenho uma posição de longa data firmada, absolutamente consentânea com inúmeros precedentes da Corte, que enunciei e explicitiei na ADI 3.574/SE, num julgamento realizado em 16/5/2007, em que eu, como lembrou agora o nosso ilustre e eminente Decano, afirmei absoluta incompatibilidade do exercício por parte de um membro do Ministério Público, de um cargo ou função que

ADPF 388 / DF

não diz respeito às atribuições do *Parquet*, porque tal colidiria com o que dispõe expressamente o art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*, da Constituição Federal.

Portanto acompanho integralmente o voto de Sua Excelência o Relator Ministro Gilmar Mendes.

09/03/2016

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388
DISTRITO FEDERAL**

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Proclamo o resultado, que já minutei e submeto à consideração dos eminentes Pares.

A Corte, por unanimidade, resolveu apreciar diretamente o mérito da ação, superando o exame do pedido de medida liminar, ausente, justificadamente, na ocasião, o Ministro Marco Aurélio – Sua Excelência não votou nesse aspecto porque teve que se ausentar antecipadamente. Por maioria, conheceu da ADPF, vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em menor extensão, o Ministro Edson Fachin. No mérito, igualmente, a Corte julgou a ação procedente, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Procedente em parte, Senhor Presidente, porque a declaração da nulidade acredito que a Corte não esteja acolhendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Todos estão de acordo? Agora, com a intervenção última do Ministro Fachin, nós estamos julgando procedente em parte, porque não estamos aderindo ao pedido que pretendia anular a nomeação do Ministro da Justiça. E, finalmente, por maioria ainda, vencido o Ministro Marco Aurélio, conferiu eficácia *pro futuro* à decisão, de maneira que ela surta efeito vinte dias após a publicação da ata do presente julgamento.

Todos de acordo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É importante deixar claro, eu tinha até colocado na parte do dispositivo, que estaria determinando a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias, a contar da publicação da ata.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então nós julgamos procedente em parte.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu penso que é preciso ficar bem claro isso, porque, a rigor, o que nós estamos determinando é que haja um ajuste.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Cumprindo-se o que foi determinado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Por exemplo, eu acho que simplesmente tem que dar eficácia à decisão a partir de...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Quer dizer, se os procuradores e promotores quiserem se exonerar também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Claro, é isso que estou dizendo, determinar a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Os atuais podem se exonerar nesses vinte dias.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é em desconformidade com a interpretação fixada antes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Aqueles que estiverem em desconformidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Esses passam a ficar conformes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É porque eu tinha dito:

Estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não

ADPF 388 / DF

podem ocupar cargos públicos fora do âmbito da instituição – salvo o cargo de professor e funções de magistério – e, em consequência, suspender a eficácia da Resolução nº 72/2011 do CNMP.

Esse é o item "a".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Esse permanece.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - E, no item "b", eu tinha colocado:

Determinar a exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, portanto...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A construção dessa frase pode dar...

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pode dar margem.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A interpretação que fala "os atuais"?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Quer dizer, os que, no prazo de vinte dias, não se ajustarem. Essa é a ideia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Determinar a exoneração dos atuais...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Talvez se pudesse simplesmente dizer que a decisão terá eficácia a partir de vinte dias da publicação da ata, para todos os efeitos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para os efeitos de atendimento exatamente ao que foi determinado.

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu acredito, Senhor Presidente e Ministro-Relator, que o adendo que está sendo proposto pelo Ministro Teori faz sentido, porque são os vinte dias de ajustamento. Em não ocorrendo, aí incidirá a conclusão de Vossa Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O fundamento poderá ser a exoneração, ou a saída, ou a...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Claro, se ele pedir a exoneração, já não será mais membro do Ministério Público, e obviamente a questão estará...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, mas atualmente ele é. Daqui a vinte dias é que ele poderá não mais ser.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É **fundamental** explicitar, *na parte dispositiva*, esse período de adequação...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Será que nós poderíamos talvez, então, no § 3º da minha proclamação, que diz:

No mérito, igualmente, julgou a ação procedente, em parte, por maioria – vencido o Ministro Marco Aurélio –, para tais fins. Por maioria, ainda vencido o Ministro Marco Aurélio, conferiu eficácia *pro futuro* à decisão.

Quer dizer, quando eu digo "para tais fins", eu...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas o "*pro futuro*" pode deixar um equívoco, porque se pode entender o "*pro futuro*" no sentido de não atingir os atuais ocupantes. O que nós estamos determinando...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Conferiu eficácia...

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há referência, na parte dispositiva do voto do Ministro Relator, às alíneas “a”, “b” e “c”.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Determinar a exoneração dos ocupantes de cargos – aí teremos os atuais – em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de vinte dias...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Prazo máximo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Prazo de vinte dias, a contar da publicação da ata do presente julgamento. Porque aí não fica dúvida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E aí fica fácil julgar procedente nos termos do voto do Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É claro: se eles se exonerarem, não estarão mais em condições de...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Descumprindo a determinação relativamente ao prazo de vinte dias.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - De até vinte dias.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - De até vinte dias.

E com relação – Ministro Relator, eu consulto Vossa Excelência – à decisão... Com a suspensão da eficácia da Resolução 72/2011 do CNMP, nós também... essa é imediata, não é?

ADPF 388 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) –
Imediata.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE) - Está bem. Esta é a decisão que nós tomamos, e eu redigirei em conformidade com as instruções do Plenário.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 388

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

ADV.(A/S) : RENATO CAMPOS GALUPPO (OAB 90819MG)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
- CONAMP

AM. CURIAE. : ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPUBLICA -
ANPR

ADV.(A/S) : ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA (OAB 12500DF) E OUTRO(A/
S)

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO
GROSSO

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

Decisão: O Tribunal deliberou iniciar a votação após a leitura integral do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que se manifestou no sentido de que as preliminares fossem julgadas antes do mérito. O Tribunal, por maioria, conheceu da arguição, vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em menor extensão, o Ministro Edson Fachin. Por unanimidade, o Tribunal resolveu apreciar diretamente o mérito da ação, superando o pedido de medida liminar, ausente, justificadamente, na ocasião, o Ministro Marco Aurélio, que havia, em voto antecipado, indeferido a cautelar por questão instrumental. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente em parte a ação para estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP, e determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, no prazo de até vinte dias após a publicação da ata deste julgamento, ausente, na apreciação do mérito, o Ministro Marco Aurélio. Falaram, pelo requerente Partido Popular Socialista, o Dr. Renato Campos Galuppo; pela Advocacia Geral da União, o Ministro José Eduardo Cardozo, Advogado-Geral da União; pelos *amici curiae* Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e pela Associação Nacional dos

Procuradores da República - ANPR, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário