

**MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL 388 DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trago à análise do Tribunal medida liminar em ADPF.

Preliminarmente, registro que não vislumbro empeco ao cabimento da ação.

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 justifique 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 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 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 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 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 para a preservação dos princípios basilares e dos 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, das 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.

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 e procuradores 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 para 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 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 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 o 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 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 a 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 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 – sobre 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 a 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 – 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 verificando a existência de meio apto para 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 esgotaram. 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 sua 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.

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.

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, 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 uma 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 uso do recurso extraordinário.

Como se vê, ainda que aparentemente pudesse ser o recurso extraordinário o meio hábil para 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 as

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. p/ 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 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 pletora de recursos extraordinários idênticos poderá, em verdade, constituir-se em ameaça ao livre funcionamento do STF 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 esgotamento das instâncias.

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 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 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.

E 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-se 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 autorize de forma clara.

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. 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.

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 na 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 para 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.

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. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, julgada em 17.12.2016.

Por essas razões, tenho que a arguição de descumprimento de

preceito fundamento é via processual adequada para 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 para 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 a correção do defeito. Ou seja, ainda assim, não haveria impedimento ao prosseguimento deste julgamento.

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 da **medida liminar**.

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 integravam 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 como promotor, sendo 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 resultado, no entanto, foi que a norma derogadora inaugurou processo que culminou na institucionalização da autorização para o 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 o exercício de cargos no Poder Executivo.

Em relação a membros sujeitos ao regime anterior a 1988, no Processo 43/2011-56, manteve-se ato do Ministério Público 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 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 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 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 na 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.

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

O texto constitucional vedou aos 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.

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 procuradores. 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 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 as 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.

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 **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 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 aos 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 os 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

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 ao 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 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, impugnava-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, à 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 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 a disputa do cargo eletivo de Procurador-Geral de Justiça, não permitia o 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.

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 ADIs 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 o 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 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 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.

E 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.

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. Estamos diante de

uma aparente inconstitucionalidade, ofensiva a preceitos constitucionais fundamentais.

A urgência em deferir a medida liminar decorre especialmente da nomeação de Procurador de Justiça na Bahia para o cargo de Ministro da Justiça. Neste ponto, a urgência poderia ter sido debelada pela antecipação dos efeitos da tutela na Ação Popular 0013178-74.2016.4.01.3400, que determinou a suspensão dos efeitos da nomeação. No entanto, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendeu os efeitos da decisão – Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela 0011754-12.2016.4.01.0000, decisão de 7.3.2016. Ou seja, no presente momento, o exercício do cargo não está impedido.

Além disso, ao indeferir as liminares nas ADIs 3.838 e 3.839, que atacavam as vedações desenvolvidas pela Resolução 5/2006, do CNMP, mencionei a *“alta probabilidade de que as nomeações de membros do Ministério Público para o exercício de relevantes cargos da estrutura dos Poderes Executivos estaduais”* viessem a ser contestadas, o que poderia ocasionar *“instabilidade e descrédito aos atos de administração”*.

Tenho que a revogação das vedações constantes da Resolução 5/2006, e a subsequente instauração da prática de tolerância ao exercício de cargos na Administração Pública por membros do MP concretizaram o risco relevante mencionado daquela feita.

Além disso, como já explicitado na fundamentação, mesmo nos casos em que não há contestação, está presente contrariedade à Constituição envolvendo aspecto relevante da separação dos Poderes.

Assim, a medida liminar deve ser deferida.

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, **defiro a medida liminar**, para:

a) estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público

ADPF 388 MC / DF

não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério e, em consequência, suspender a eficácia da Resolução 72/2011, do CNMP;

b) determinar a imediata exoneração dos atuais ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada, logo após a publicação da ata deste julgamento.

Em elaboração