



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 43.343/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 388/DF

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**

Requerente: Partido Popular Socialista

Interessada: Presidente da República

CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. NOMEAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXERCÍCIO DE CARGO DE MINISTRO DE ESTADO. RESOLUÇÃO 72/2011 DO CNMP. PRELIMINAR. DESATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. MÉRITO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 128, § 5º, II, *d*, e 129, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE OUTRA FUNÇÃO PÚBLICA POR INTEGRANTE DA CARREIRA MINISTERIAL.

1. Não se deve conhecer arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) se não for atendido o princípio da subsidiariedade, isto é, se existir meio alternativo apto a sanar, de forma ampla, geral e imediata, a alegada lesão a preceito fundamental. Existência de ação popular já ajuizada contra o ato administrativo de nomeação do Ministro de Estado da Justiça evidencia existir remédio jurídico plenamente apto a sanar a alegada lesividade a preceitos fundamentais.

2. Não cabe ADPF contra resolução do Conselho Nacional do Ministério Público. Por serem todas elas necessariamente posteriores a 1988, o meio de impugnação adequado contra essa espécie normativa é, em princípio, a ação direta de inconstitucionalidade.

3. Interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º II, *d*, e 129, IX, da Constituição da República, admite exercício de outras funções públicas por membro do Ministério Público (e do Poder Judiciário), desde que ocorra prévio afastamento do cargo e que as funções sejam compatíveis com as finalidades institucionais do órgão.

4. A proibição constitucional é à cumulação de funções do cargo efetivo da magistratura judicial ou do Ministério Público com outra função pública (salvo a de magistério, se houver compatibilidade de horários) e à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas.

5. Não ocorre violação da independência do Ministério Público nem do Judiciário como instituição pelo fato de membro seu exercer função no Executivo, de forma temporária e mediante afastamento do cargo efetivo. Essa visão embute a premissa de que o exercício dessas funções seria essencial e inevitavelmente nocivo. Parte de presunção apriorística de erro e de vício, como se a atuação dos agentes públicos – e dos agentes políticos em particular – não pudesse ser, de ordinário, correta e republicana.

6. Parecer pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

I RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Partido Popular Socialista em face do Decreto de 2 de março de 2016, da Excelentíssima Presidente da República,¹ que nomeou o Procurador de Justiça WELLINGTON CÉSAR LIMA E SILVA para exercer o cargo de Ministro de Estado da Justiça.

Após aditamento (peça 7), a ação passou a atacar também a Resolução 72, de 15 de junho de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, que revogou os arts. 2º a 4º da Resolução 5, de 20 de março de 2006 (peça 9), os quais vedavam exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, por membros

1 *Diário Oficial da União*, seção 2, 3 mar. 2016, p. 1 – documento 4 do processo eletrônico.

do Ministério Público. Eis o teor da Resolução 72/2011 do CNMP (peça 10):

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.

Sustenta o requerente descumprimento dos preceitos fundamentais da divisão funcional do poder (Constituição da República, art. 2º), por infringência à independência funcional do Ministério Público, e da forma federativa de estado, pois o ato de nomeação “sujeita um agente público do Estado da Bahia a ser um subordinado da Presidente da República”. Afirma que o art. 128, § 5º, II, *d*, da Constituição da República veda aos membros do Ministério Público exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Aduz que a única exceção a essa norma se aplica aos membros que ingressaram na carreira antes da Constituição de 1988 e optaram pelo regime anterior, o que não é o caso do Procurador de Justiça WELLINGTON CÉSAR LIMA E SILVA, que ingressou no Ministério Público do Estado da Bahia após 1988.

Em 4 de março de 2016, o relator apresentou o processo em mesa para julgamento.

É o relatório.

II OPORTUNIDADE DESTA MANIFESTAÇÃO

De acordo com o sistema de processo eletrônico do Supremo Tribunal Federal, uma vez ajuizada esta arguição, o relator abs-

teve-se de empregar a possibilidade legal de ouvir os órgãos responsáveis pelo ato questionado, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, segundo o art. 5º, § 2º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.² Em lugar disso, afetou o julgamento da medida cautelar ao Plenário.

Sem embargo, o Procurador-Geral da República, ante a relevância da matéria, inclusive do ponto de vista institucional do Ministério Público, vem, de ofício, nela oferecer parecer, com apoio no poder de iniciativa inerente ao órgão e no permissivo da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993), art. 6º, XV.³

III PRELIMINAR: DESCABIMENTO DA ARGUIÇÃO

Arguição de descumprimento de preceito fundamental deve possuir como objeto ato do poder público potencialmente lesivo a norma constitucional especialmente relevante e cuidar de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, *caput* e parágrafo único, I, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999).⁴

2 “§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.”

3 “Art. 6º. Compete ao Ministério Público da União: [...] XV – manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção; [...]”

4 “Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Como requisito da petição inicial da arguição de descumprimento, o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999 estabelece o princípio da subsidiariedade.⁵ Acerca deste, observa GILMAR FERREIRA MENDES:

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já 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 –, contido no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.882/99, 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.⁶

Pensamento nessa linha prevaleceu no STF no julgamento da medida cautelar na ADPF 33, em que o relator, o Ministro Gilmar Mendes, registrou, na ementa do acórdão:

[...] 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata.

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; [...]”.

5 “Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. [...]”.

6 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.243.

Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. [...] ⁷

Impõe-se, como requisito para conhecimento de ADPF, inexistência de outro meio judicial eficaz para sanar a lesividade a preceitos fundamentais.

Insurge-se a arguente contra o ato da Presidente da República de nomeação do Procurador de Justiça WELLINGTON CÉSAR LIMA E SILVA para o cargo de Ministro da Justiça e contra a Resolução 72, de 15 de junho de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ocorre que se tornou notório, por larga divulgação na imprensa, haver sido ajuizada, na Seção Judiciária do Distrito Federal, ação popular contra a nomeação em causa (processo 0013178-74.2016.4.01.3400). A Juíza Federal SOLANGE SALGADO DA SILVA RAMOS DE VASCONCELOS, da 1ª Vara da SJ/DF, concedeu medida liminar a fim de sustar “os efeitos do Decreto editado pela Presidente da República, de 02 de março de 2016, publicado no DOU de 03/03/2016, Seção 2, o qual nomeou o Sr. WELLINGTON CÉSAR LIMA E SILVA para exercer o cargo de Ministro de Estado da Justiça, até o julgamento definitivo da presente ação”. A decisão liminar foi suspensa, em 7 de março de 2016, por decisão do Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Juiz CÂNDIDO RIBEIRO,

⁷ STF Plenário. Medida cautelar na ADPF 33/PA. Relator: Ministro GILMAR MENDES. 29 out. 2003, unânime. *Diário da Justiça*, 6 ago. 2004, p. 20.

pois deixaria o Ministério da Justiça sem comando e acarretaria danos à ordem pública.⁸

Tendo em vista que a ação popular é instrumento perfeitamente adequado para solucionar, de maneira ampla, geral e imediata, a controvérsia constitucional instaurada neste caso, o conhecimento da ADPF, na parte em que impugna o ato da Presidente da República, encontra barreira na aplicação do princípio da subsidiariedade.

Pela mesma razão, a ADPF também não merece conhecimento na parte em que questiona a Resolução 72/2011 do CNMP. Este consubstancia ato normativo primário, decorrente do poder normativo conferido pela Constituição da República ao Conselho. Instrumento processual adequado para questionar constitucionalidade de ato normativo primário posterior à promulgação da Constituição vigente é a ação direta de inconstitucionalidade, nos expressos termos do art. 102, I, *a*, da CR.⁹

Consoante UADI LAMMÊGO BULOS, “ADPF não substitui o agravo regimental, a reclamação, os recursos ordinários e extraordinários, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública. Também não pode ser ajuizada no lugar da ação

8 Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Suspensão de liminar 0011754-12.2016.4.01.0000/DF. Rel.: Juiz CÂNDIDO RIBEIRO (Presidente). 7/3/2016, decisão monocrática.

9 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional 3, de 1993) [...]”.

direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, da ação interventiva ou da ação declaratória”. É certo que essa interpretação do princípio da subsidiariedade, destaca o doutrinador, não pode ser aplicada de modo a torná-lo “camisa de força” da arguição de descumprimento.¹⁰

No caso, entretanto, é evidente que a ação popular é mecanismo viável, adequado e plenamente eficaz para resolver o litígio constitucional de modo efetivo, definitivo. Tanto é assim que a concessão de medida liminar pela Justiça Federal importou na sustação do ato de nomeação praticado pela Presidente da República. É certo que essa liminar foi suspensa, mas isso é incidente processual próprio dessa espécie de ação. Nada impede, por exemplo, a parte interessada recorra da suspensão da liminar e a reverta, no órgão competente do Tribunal Regional Federal. Isso não justifica que a ADPF seja usada como meio de impugnação no Supremo Tribunal Federal de qualquer ato administrativo praticado pela Presidência da República nem de outros órgãos, que algum interessado repute ofensivo à Constituição.

Precisamente para esse fim existem a ação popular, como remédio processual facultado a toda a cidadania (CR, art. 5º, LXXIII,¹¹ e Lei 4.717, de 29 de junho de 1965), e a ação civil pública, principal instrumento do Ministério Público para atacar atos antijurídicos.

10 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322-323.

11 “Art. 5º. [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

cos em geral, mas também facultada a diversos outros legitimados (CR, art. 129, III,¹² e Lei 7.347, de 24 de julho de 1985).

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacífico afirmando o descabimento de ADPF, quando houver outro instrumento processual hábil a sanar a lesividade:

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Agravo regimental. 2. Visa a ação desconstituir ato do Governador do Estado do Ceará que, concordando com a conclusão a que chegou a Comissão Processante da Procuradoria de Processo Administrativo-Disciplinar – PROPAD, da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, nos autos do Processo Administrativo-Disciplinar nº 270/97, determinou a lavratura de ato de demissão de policial civil. 3. Negado seguimento por despacho, ao fundamento de que “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”, nos termos da Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º. 4. Agravo regimental em que se defende a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade que aponta. Aduz suspeição do TJCE. 5. Os vícios do processo disciplinar e a nulidade do ato de demissão estão sendo objeto de ação ordinária em curso na Justiça local cearense, ajuizada com pedido de antecipação de tutela, já deferida. 6. Se ainda não ocorreu o cumprimento da decisão judicial de primeiro grau, não seria a medida judicial ora ajuizada no STF a via adequada a assegurar a imediata execução do *decisum*. Incabível discutir a alegada parcialidade da Corte de Justiça do Ceará para processar e julgar as medidas judiciais requeridas. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³

PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final

12 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]”.

13 STF, Plenário. Agravo regimental em ADPF 18/CE, Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA, 22/4/2002, un, DJ, 14 jun. 2002.

do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público – gênero. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – INSUBSISTÊNCIA. Uma vez assentada a inadequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, fica prejudicado o exame da medida acauteladora deferida.¹⁴

No julgamento de agravo regimental na ADPF 237, o Ministro CELSO DE MELLO observou que “o ajuizamento da ação constitucional de arguição 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 lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes. 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”.¹⁵

14 STF. Plenário. Referendo de medida cautelar na ADPF 172/RJ, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, 10/6/2009, *DJ eletrônico* 157, 20 ago. 2009.

15 STF. AgR. na ADPF 237/SC. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 28 maio 2014, un. *DJe* 213, 30 out. 2014.

Desse modo, por não satisfazer o princípio da subsidiariedade, ante a existência de mecanismos processuais plenamente aptos a sanar, de modo eficaz, a alegada lesividade à Constituição, a arguição de descumprimento não deve ser conhecida.

IV MÉRITO

IV.1 DESCABIMENTO DE INVALIDAÇÃO DA RESOLUÇÃO 72/2011 DO CNMP

Um dos pedidos, objeto do aditamento na peça 7 do processo eletrônico, é de invalidação da Resolução 72, de 15 de junho de 2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, que revogou os arts. 2º a 4º da Resolução 5, de 20 de março de 2006, do mesmo Conselho (peças 9 e 10).

O pedido improcede. Além do descabimento de ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental contra ato normativo pós-1988, que deveria ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, a resolução cuja reprimenda se deseja era eminentemente expletiva de uma proibição que, na época, se acreditava aplicar-se aos membros do Ministério Público. A resolução atacada decorreu de mudança hermenêutica no CNMP, segundo expressamente consta de seus “considerandos”:

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;

Certa ou errada, a nova resolução apenas espelhou novas compreensões surgidas no CNMP acerca do tema, as quais este parecer, aliás, reputa corretas. Não é apropriado invalidar ato decorrente de mudança hermenêutica, validamente editado como decorrência da função do Conselho de orientar os órgãos administrativos do Ministério Público brasileiro, sob pena de empedernir certa compreensão do Direito.

Corretamente assinalou a Conselheira CLAUDIA CHAGAS, no voto condutor do procedimento que levou à revogação da Resolução 5/2006, que não era conveniente manter ato regulamentar em matéria controvertida. É natural que, com o tempo, a reflexão sobre novos argumentos e a alternância na composição de colegiados, entendimentos pacificados sofram mudança e deem lugar a novas interpretações.¹⁶

IV.2 CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES FORA DA CARREIRA POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição da República de 1988 conferiu ao Ministério Público autonomia e independência para assegurar exercício pleno e desassombrado de suas funções. Respeito a essa autonomia e inde-

16 CNMP. Plenário. Procedimento de controle administrativo 0.00.000.000149/2011-50. Rel.: Conselheira CLAUDIA CHAGAS. 15 jun. 2011, maioria.

pendência é condição indispensável para que a instituição cumpra fielmente as atribuições que lhe foram constitucionalmente confiadas, entre as quais avultam a titularidade privativa da persecução penal e a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos e da coletividade.

Sobre a independência funcional dos membros do Ministério Público, HUGO NIGRO MAZZILLI explica:

Por isso, além da *autonomia funcional*, a Constituição também assegura aos agentes do Ministério Público a *independência funcional*. Os membros do Ministério Público (promotores e procuradores) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores), *no exercício da atividade-fim*, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Estamos a referir-nos aqui à plena liberdade no exercício da atividade-fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é caso de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade funcional. Entretanto, na atividade-meio, devem os membros do Ministério Público seguir os avisos, instruções e regulamentos das autoridades administrativas competentes da própria instituição (se, p. ex., é caso de comunicarem o ajuizamento de alguns tipos de ações ou se devem fazer relatórios do movimento de processos ou do atendimento ao público pela Promotoria).¹⁷

Com o claro intuito de assegurar autonomia e independência do Ministério Público, o art. 128, § 5º, II, *d*, da CR, veda a membro do MP exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer

17 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

outra função pública, salvo uma de magistério. A norma proíbe acumulação da função ministerial com outra atribuição pública, ressalvado o magistério, a fim de assegurar atuação livre de ingerência de interesses diversos que possam interferir na atuação institucional e de garantir que as atividades ministeriais não se prejudiquem pelo exercício paralelo de outras funções.

Em oportunidades nas quais apreciou essa norma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a membro do MP não seria permitido exercer funções cargos de ministro, secretário de estado ou do Distrito Federal, de município ou de chefe de missão diplomática.¹⁸ Afastamento de membro do Ministério Público para exercer outra função pública seria admissível apenas para ocupar cargos na administração superior da própria instituição, como decidiu, por exemplo, na ADI 3.574/SE.¹⁹

Ocorre que, nesses julgados, a Suprema Corte não levou em linha de conta a permissão contida no art. 129, IX, da Constituição, que arrola entre as funções institucionais autorizadas do Ministério Público o desempenho de “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”. Além disso, a composição do Tribunal passou por

18 Confirmam-se os seguintes julgados: STF. Plenário. ADI 2.534 MC/MG. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 15/8/2002, maioria. *DJ*, 13 jun. 2003; STF. Plenário. ADI 2.836/RJ. Rel.: Min. EROS GRAU. 17/11/2005, un. *DJ*, 9 dez. 2005; STF. Plenário. ADI 2.084/SP. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. 2/8/2001, un. *DJ*, 14 set. 2001; STF. Plenário. ADI 3.298/ES. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 10/5/2007, un. *DJe* 47, 28 jun. 2007; STF. Plenário. ADI 3.574/SE. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 16/5/2007, un. *DJe* 28, 31 maio 2007.

19 STF. Plenário. ADI 3.574/SE. Rel.: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 16/5/2007, un. *DJ*, 1º jun. 2007.

importantes mudanças desde o julgamento da ADI 2.084/SP, precedente usualmente tido como paradigma, mencionado em decisões posteriores. Da composição atual do STF, participaram daquela deliberação apenas os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO.²⁰

O Ministério Público Federal propõe revisão do entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, a fim de realizar interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, II, *d*, e 129, IX, da Constituição da República e de considerar que a maturidade das instituições e do Ministério Público em particular permite câmbio dessa exegese. Preceituam aqueles dispositivos:

Art. 128. [...]

§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: [...]

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; [...].

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

IX – 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. [...]

Interpretação sistemática dessas normas aponta no sentido de que a Constituição proíbe *acumulação de funções públicas*, salvo uma de magistério, a membro do Ministério Público. Não há teleologia, contudo, a justificar impedimento de que inte-

20 STF Plenário. ADI 2.084/SP. Rel.: Min. ILMAR GALVÃO. 2/8/2001, un. DJ, 14/9/2001.

grante da carreira ministerial se afaste de suas atividades para desempenhar outra função pública, com autorização das instâncias internas competentes, desde que as atribuições desta sejam compatíveis com as finalidades institucionais órgão.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em estudo oferecido no mandado de segurança 29.144/01, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pondera que a Constituição permite a membro do MP assunção de funções não inerentes ao cargo, quando dispõe, no art. 129, IX, serem elas possíveis, “desde que compatíveis com sua finalidade”. Confira-se trecho de sua bem posta análise:

Com certeza as funções que aqui se autoriza conferir ao membro do Ministério Público não são as que lhe sejam inerentes, não são as essenciais ao seu mister, não são tipicamente da Instituição. Por que não? Porque a cláusula “desde que compatíveis com sua finalidade” demonstra que não se trata de funções próprias dele nem da Instituição. Se o fossem não teria sentido declarar que elas precisam ser compatíveis com sua finalidade, simplesmente, porque, como é curial, não pode haver funções inerentes, essenciais, típicas do Ministério Público que não sejam compatíveis com sua finalidade. Todas os são, sem necessidade de cláusula que o exprima especialmente. Logo, as funções de que se trata são funções de outra natureza, de outros órgãos, que a Constituição admite que lhe sejam conferidas, com a observância de que sejam compatíveis com as suas finalidades. O modo de conferir essas atribuições será um ato do Procurador Geral de Justiça, segundo definição legal de suas atribuições, geralmente precedido de alguma manifestação do Conselho Superior do Ministério Público.

Pode-se até questionar se essa disposição constitucional está devidamente localizada. Veja-se, ela autoriza o exercício de funções que foram conferidas a membros do Ministério Público, mas, no mesmo passo, estabelece vedações, quer dizer, entre as funções que se podem conferir, não poderão estar as de “representação judicial” e de “consultoria jurídica

de entidades públicas”, proibições que ou estão já consignadas no inc. II do § 5º do art. 128 ou, se não estão, deveriam estar. Certamente que a vedação de exercer a consultoria jurídica de entidades públicas já se acha configurada na proibição da letra “d” daquele inciso. A vedação de representação judicial não se encontra rigorosamente entre as vedações do citado inc. II, porque não é a mesma coisa que vedação do exercício da advocacia.

4. A partir dessas considerações, pode-se indagar qual a natureza da norma constante do inc. IX do art. 129? É uma norma definidora de funções institucionais do Ministério Público?

Essencialmente, já vimos que não, porque se o fosse não haveria por que exigir compatibilidade com suas finalidades. E se ela tem cláusulas vedatórias de funções, elas deveriam estar consignadas no inc. II do art. 128, se já não o estão. Vale dizer, os textos dos incs. II do art. 128 e IX do art. 129 disciplinam uma mesma realidade jurídica, qual seja o campo das vedações aos membros do Ministério Público e suas exceções. Juntando ambas as disposições no texto do art. 128, II, é lícito ter dele a seguinte compreensão:

“Art. 128 [...]

§ 5º [...]

II – as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer advocacia e a representação judicial;
- 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 em lei.

§ 6º A vedação da alínea “d” do inciso II do parágrafo anterior não impede que sejam conferidas aos membros do Ministério Público outras funções, desde que sejam compatíveis com as finalidades da Instituição.

5. A forma de dizer pode ser diferente, mas o sentido dos dois textos é rigorosamente esse que se deu acima. Essencial-

mente foi exatamente o que fez a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, no art. 170, *in verbis*:

“Art. 170 – Aos membros do Ministério Público é vedado:

I – receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II – exercer a advocacia;

III – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;

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

V – exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.

Parágrafo único – Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, 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 na Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público.

Aí está um parágrafo que precisamente dá consequência prática ao disposto no inc. IX do art. 129 da Constituição, com a observação de que a enumeração de situações é meramente exemplificativa. Se esse inciso constitucional autoriza que se confira ao Ministério Público, logo a seus membros, funções outras, desde que compatíveis com suas finalidades, então o texto legal encontra seu arrimo de legitimidade exatamente ali. Há vários exemplos da aplicação das regras do parágrafo citado.²¹

A Constituição de 1988 estabelece, para juízes e membros do Ministério Público, vedações virtualmente simétricas ao exercício de atividades estranhas a seus cargos. Aos juízes, o texto constitucional veda *exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou*

²¹ Cópia do parecer proferido por JOSÉ AFONSO DA SILVA segue anexa.

função, salvo uma de magistério. Aos membros do Ministério Público, veda exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

As diferenças de linguagem entre um e outro preceito não se devem a alguma intenção constitucional de estabelecer distinções marginais de regime, mas a vicissitudes de sistematização do texto constitucional em sua elaboração. A redação da vedação relativa a membros do Ministério Público é a da que se aplicava a juízes no regime constitucional anterior. A palavra “qualquer”, no contexto em que aparece na vedação a membros do MP, é de mero realce; a ninguém ocorreria que estivesse vedado o exercício de função e não o de cargo, pois a função é um *minus* em relação ao cargo, e a falta do adjetivo “público” para os cargos ou funções que se vedam a juízes não significa, evidentemente, vedação ao exercício de cargos ou funções privados, sob pena de proibirem-se juízes de serem síndicos dos edifícios onde residam, por exemplo.

Conforme postulado amplamente aceito de interpretação constitucional, a linguagem do constituinte não é, em geral, primorosamente técnica, haja vista a dimensão eminentemente política, inclusive no plano do discurso, dos textos constitucionais, tanto mais quando resultantes de processo democrático. É mais acertado, portanto, reputarem-se simétricas em conteúdo, a despeito da variação linguística, as duas vedações.

Essa interpretação se coaduna, ademais, com a orientação hermenêutica de que, em princípio, devem ser interpretadas restritivamente as normas que imponham limitações e vedações ao exercício de direitos (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*).

É corrente na doutrina a extração de dois conteúdos jurídicos dessas vedações:

(1) teriam por finalidade a preservação da imparcialidade, da independência e da dignidade do exercício das magistraturas judicial e do *Parquet*;

(2) teriam por efeito tornar ilícito o exercício, por juiz ou membro do Ministério Público, de atividade funcional em outro poder, independentemente de seu escopo material, excetuado o magistério, e do regime jurídico sob o qual se desse a investidura.

Esses dois conteúdos aparecem, na doutrina, concatenados em relação de causa axiológica e efeito normativo: da finalidade de preservar a imparcialidade, a independência e a dignidade do exercício das magistraturas judicial e do *Parquet* resultaria a ilicitude do exercício, por juiz ou membro do Ministério Público, de atividade funcional em outro Poder.

O primeiro conteúdo é intuitivo: as vedações aos integrantes das duas instituições, lidas em conjunto, somente podem visar a evitar que eles se vinculem a comandos ou interesses passíveis de comprometer a deontologia específica do exercício de suas funções. Juízes e membros do Ministério Público não podem subordinar nem partidizar sua atuação, sob pena de preterirem critérios de justiça por outros mais concretos ou imediatos.

O segundo conteúdo desafia, contudo, ponderações. Inicialmente, embora sempre tenha sido admitida a investidura de juízes e membros do Ministério Público em funções de confiança na estrutura administrativa das instituições, haveria aí preterição da literalidade das vedações constitucionais.

A autorização para que juízes e membros do Ministério Público funcionem na estrutura administrativa de suas instituições não constitui exegese necessária das vedações. Também seria compatível com a respectiva linguagem entender que o constituinte exigiu do legislador que a totalidade da administração do Judiciário e do Ministério Público fosse exercida por não-membros. Os membros ficariam necessariamente a salvo de toda e qualquer função estranha à atividade-fim, que poderiam, *arguendo*, exercer com grau superior de pureza deontológica.²²

Levada às últimas consequências normativas, a finalidade de preservar a imparcialidade, a independência e a dignidade do exercício das magistraturas judicial e do *Parquet* conduziria a regimes jurídicos demasiado insulares. O discutível ganho em pureza deontológica propiciado por regimes dessa estirpe tenderia a ser anulado pela perda de contato com a realidade institucional do País. Os efeitos daí resultantes sobre a formulação adequada de critérios de justiça prefigurariam soma vetorial amplamente negativa dos ganhos e das perdas.

Constitui dado da realidade, de resto, que juízes e membros do Ministério Público exercem, hoje, não raro, funções públicas no Poder Executivo de objeto afim às funções judiciária e ministerial. Participação em colegiados como conselhos penitenciários e conselhos deliberativos de programas de proteção de testemunhas,

²² Em países como a Alemanha, em que a ênfase constitucional é na independência da magistratura e não na autonomia do Judiciário, a administração deste incumbe ao Executivo. Este não é um arranjo compatível com a arquitetura institucional do Poder Judiciário no Brasil, mas demonstra que a gramática normativa do Judiciário no constitucionalismo contemporâneo não necessariamente inclui a participação de membros em sua administração.

por exemplo, revela evidente e salutar exercício de função pública no Executivo por magistrados judiciais e do *Parquet*.²³ De igual modo, a integração, por juízes e membros do MP, de grupos de trabalho e delegações enviados ao exterior para reuniões e conferências de objeto tangente a atribuições ministeriais e competências judiciárias conspícuas, como a proteção do ambiente e o combate a crimes transnacionais, constitui claro exercício de função executiva.

Esse estado de coisas é notório e vem de antes da promulgação da Constituição de 1988. Não há indicação de que o constituinte tenha pretendido alterá-lo. É corrente, em verdade, a visão de que a participação de juízes e membros do Ministério Público agrega qualidade, inclusive pelos aportes de experiência, ao funcionamento dos organismos executivos em que ocorre.

Compõem-se com o que precede os vetores hermenêuticos do direito comparado. Nos EUA, cuja Constituição adota morfologia rígida de separação dos poderes, tanto a jurisprudência da Suprema Corte quanto o Código de Conduta para os Juízes dos Estados Unidos²⁴ admitem exercício, por magistrados judiciais, de funções de natureza executiva ou no Executivo. Trata-se, ali, do tema das chamadas designações extrajudiciais (*extrajudicial assignments*).

No julgado *John Mistretta v. United States*²⁵, de 1989, a

23 Em não raras unidades da federação, a participação em conselhos dessa natureza é remunerada em nível estadual ou distrital.

24 O Código de Conduta para os Juízes dos Estados Unidos foi posto em vigor em 1973 pela Conferência Judicial dos EUA, órgão da justiça federal norte-americana muito semelhante, nos contornos mais gerais, ao Conselho da Justiça Federal brasileiro.

25 488 U.S. 361 (109 S.Ct. 647, 102 L.Ed.2d 714).

Suprema Corte, pela ampla maioria de oito de seus nove julgadores, entendeu pela possibilidade jurídica de juízes desempenharem funções administrativas. Esclarecendo que as designações se fazem a título individual e que a indagação fundamental nesse âmbito diz respeito à preservação da integridade do Poder Judiciário:

[...] À luz dos precedentes e dados históricos citados, concluímos que o princípio da separação dos Poderes não estabelece proibição absoluta de juízes togados servirem em comissões tais como a criada pela Lei. Os juízes servem na Comissão de Aplicação de Pena não com base no *status* e na autoridade de serem juízes togados, mas unicamente em razão de sua nomeação pelo Presidente, como manda a Lei. O poder que esses juízes exercem como comissários não é poder judiciário; é poder administrativo derivado da legislação que a tanto os habilita. Assim como membros não-judiciais da Comissão atuam como administradores, fazendo influir sua experiência e sabedoria sobre os problemas das disparidades na aplicação das penas, também os juízes, singularmente qualificados em matéria de aplicação de pena, assumem papel inteiramente administrativo ao entrarem nas deliberações da Comissão. **Em outras palavras, a Constituição, ao menos como matéria *per se*, não proíbe os juízes de usar dois chapéus; ela apenas os proíbe de usar dois chapéus ao mesmo tempo.**

Isso não significa sugerir, claro, que todo tipo de serviço extrajudicial em todas as circunstâncias necessariamente seja compatível com a Constituição. O fato de a Constituição não proibir absolutamente um juiz federal de assumir atribuições extrajudiciais não significa que todo serviço extrajudicial seria compatível com – ou apropriado para – a continuação do exercício da magistratura; nem significa que o Congresso pode exigir que um juiz federal assumira atribuições extrajudiciais, uma vez que o juiz é designado para essas atribuições a título individual, e não judicial. **A indagação essencial continua a ser se determinada designação extrajudicial mina a integridade do Poder**

Judiciário. [...]²⁶

A abordagem da Suprema Corte dos EUA é estritamente material, com rejeição a critérios meramente formais de aplicação à espécie da cláusula de separação de Poderes.

Em consonância com esse julgado, o Código de Conduta para os Juízes dos Estados Unidos prevê, em seus Cânones 4 e 4F, possibilidade de designações extrajudiciais, inclusive na administração pública, observados certos limites materiais, relacionados com a preservação institucional do Judiciário²⁷:

26 Texto original: “[...] *In light of the foregoing history and precedent, we conclude that the principle of separation of powers does not absolutely prohibit Article III judges from serving on commissions such as that created by the Act. The judges serve on the Sentencing Commission not pursuant to their status and authority as Article III judges, but solely because of their appointment by the President as the Act directs. Such power as these judges wield as Commissioners is not judicial power; it is administrative power derived from the enabling legislation. Just as the nonjudicial members of the Commission act as administrators, bringing their experience and wisdom to bear on the problems of sentencing disparity, so too the judges, uniquely qualified on the subject of sentencing, assume a wholly administrative role upon entering into the deliberations of the Commission. In other words, the Constitution, at least as a per se matter, does not forbid judges to wear two hats; it merely forbids them to wear both hats at the same time. This is not to suggest, of course, that every kind of extrajudicial service under every circumstance necessarily accords with the Constitution. That the Constitution does not absolutely prohibit a federal judge from assuming extrajudicial duties does not mean that every extrajudicial service would be compatible with, or appropriate to, continuing service on the bench; nor does it mean that Congress may require a federal judge to assume extrajudicial duties as long as the judge is assigned those duties in an individual, not judicial, capacity. The ultimate inquiry remains whether a particular extrajudicial assignment undermines the integrity of the Judicial Branch. [...]*”.

27 Texto original: “*Canon 4. Complete separation of a judge from extrajudicial activities is neither possible nor wise; a judge should not become isolated from the society in which the judge lives. As a judicial officer and a person specially learned in the law, a judge is in a unique position to contribute to the law, the legal system, and the administration of justice, including revising substantive and procedural law and improving criminal and juvenile justice. To the extent that the judge’s time permits and impartiality is not compromised, the judge is encouraged to do so, either*

Cânone 4. A completa separação de um juiz de atividades extrajudiciais não é nem possível nem sábia; um juiz não deve isolar-se da sociedade em que vive. Como agente judiciário e pessoa especialmente conhecedora do Direito, um juiz está em posição única para contribuir para o Direito, o sistema jurídico e a administração da Justiça, inclusive com a revisão de leis substantivas e processuais e o aperfeiçoamento da justiça criminal e da infância e da juventude. Na medida em que o tempo do juiz permita e sua imparcialidade não seja comprometida, encoraja-se o juiz a fazê-lo, independentemente ou por meio de uma associação de advogados, conferência judicial ou outra organização dedicada ao Direito. Observadas as mesmas limitações, os juízes também podem engajar-se em uma série de atividades não-jurídicas.

Cânone 4E. A aceitação de designações extrajudiciais deve ser avaliada, quanto a ser apropriada, à luz da demanda de recursos judiciários e da necessidade de proteger os tribunais de envolvimento em questões que possam revelar-se controvertidas. Os juízes não devem aceitar nomeações para cargos no governo que possam interferir na efetividade e na independência do Judiciário, interferir no desempenho das responsabilidades judiciárias do juiz, ou tendam a minar a confiança pública no Judiciário.

O direito francês, pioneiro na disciplina do estatuto deontológico das magistraturas, tampouco adota vedação absoluta. A Ordenança 58-1270, de 22 de dezembro de 1958, que estabelece a lei orgânica do estatuto da magistratura, aplicável à magistratura judiciária e à do MP, dispõe em seu artigo 8º, com a

independently or through a bar association, judicial conference, or other organization dedicated to the law. Subject to the same limitations, judges may also engage in a wide range of non-law-related activities.

Canon 4E. The appropriateness of accepting extrajudicial assignments must be assessed in light of the demands on judicial resources and the need to protect the courts from involvement in matters that may prove to be controversial. Judges should not accept governmental appointments that could interfere with the effectiveness and independence of the judiciary, interfere with the performance of the judge's judicial responsibilities, or tend to undermine public confidence in the judiciary."

redação da Lei 2001-539, de 25 de junho de 2001:²⁸

Artigo 8º

O exercício de funções de magistrado é incompatível com o exercício de quaisquer funções públicas e de qualquer outra atividade profissional ou assalariada.

Derrogações individuais podem, contudo, ser permitidas aos magistrados, por decisão dos chefes de corte, para ministrar ensino decorrente de sua competência ou para exercer funções ou atividades cuja natureza não ofenda a dignidade e a independência do magistrado, excetuadas as atividades de arbitragem, sem prejuízo dos casos previstos pelas disposições legislativas em vigor.

Os magistrados podem, sem prévia autorização prévia, engajar-se em trabalhos científicos, literários ou artísticos.

A solução francesa mostra-se igualmente razoável, ao admitir derrogações individuais à proibição geral de exercício simultâneo, com limitação material muito semelhante à norte-americana.

Talvez a solução legislativa mais clara provenha do direito alemão, em especial do § 4 da Lei Alemã da Magistratura. Este, ao dispor sobre funções inacumuláveis por juízes, utiliza a simultaneidade de exercício como *standard* geral de vedação, mas contempla exceções expressas de exercício simultâneo:²⁹

28 Texto original: *“L'exercice des fonctions de magistrat est incompatible avec l'exercice de toutes fonctions publiques et de toute autre activité professionnelle ou salariée.*

Des dérogations individuelles peuvent toutefois être accordées aux magistrats, par décision des chefs de cour, pour donner des enseignements ressortissant à leur compétence ou pour exercer des fonctions ou activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance, à l'exception des activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur.

Les magistrats peuvent, sans autorisation préalable, se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.”

29 Texto original:

“§ 4 Unvereinbare Aufgaben

§ 4 Funções Inacumuláveis

(1) Um juiz não pode exercer simultaneamente funções jurisdicionais e funções legislativas ou executivas.

(2) Além de funções jurisdicionais, pode um juiz, no entanto, exercer

1. Funções na administração dos tribunais,
2. Outras funções reservadas por lei para juízes ou tribunais,
3. Funções de pesquisa e ensino em uma escola superior científica, instituição pública de ensino ou outro órgão oficial de ensino,
4. Atividades de examinador,
5. A presidência de comissões de arbitragem e cargos independentes correlatos, no sentido do Parágrafo 2 do § 104 da Lei de Representação de Pessoal Federal.

O critério alemão admite em hipóteses limitadas exercício simultâneo da função jurisdicional com outras, sem vedar peremptoriamente desempenho de funções executivas se não houver simultaneidade. Os juízes podem, conforme circunstâncias pessoais e funcionais, valer-se de licença (*Beurlaubung*) ou de afastamento (*Freistellung von Dienst*).³⁰

(1) *Ein Richter darf Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen.*

(2) *Außer Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt darf ein Richter jedoch wahrnehmen*

1. *Aufgaben der Gerichtsverwaltung,*
2. *andere Aufgaben, die auf Grund eines Gesetzes Gerichten oder Richtern zugewiesen sind,*
3. *Aufgaben der Forschung und Lehre an einer wissenschaftlichen Hochschule, öffentlichen Unterrichtsanstalt oder amtlichen Unterrichtseinrichtung,*
4. *Prüfungsangelegenheiten,*
5. *den Vorsitz in Einigungsstellen und entsprechenden unabhängigen Stellen im Sinne des § 104 Satz 2 des Bundespersonalvertretungsgesetzes.”*

³⁰ Em consulta formulada por juiz estadual da Renânia sobre a possibilidade de exercício simultâneo dos cargos de prefeito e de juiz, o Ministério da Justiça do *Land*, por decisão de 2 de junho de 2004, após negar a possibilidade, assim respondeu sobre as alternativas (tradução da

Os dados da realidade e o direito comparado, erigido por HÄBERLE à condição de quinto método de interpretação do Direito, tanto mais na comparação de normas materialmente constitucionais no espaço civilizatório ocidental, apontam como mais razoável a conclusão de que é cabível o exercício, por magistrados judiciais e do Ministério Público, de cargo ou função no Executivo, desde que afastados do exercício de seu cargo efetivo e desde que as atribuições a exercer não comprometam a dignidade do cargo e da instituição de origem. Cumpre, a partir daí, avaliar se essas noções são compatíveis com a literalidade das normas constitucionais de regência.

O fulcro linguístico de ambas as vedações é “exercer outra função”.³¹ *Exercer função* significa desempenhá-la, atuar concretamente nas atribuições a que ela corresponda. O pronome “outro” tem múltiplos significados, um dos quais “mais um”,³² ou “segundo”.³³

Procuradoria-Geral da República; o original segue ao final, entre parênteses): “Ao candidato fica aberta, nos termos do § 21, Item 2, Nr. 4 DRiG, requerer sua exoneração da magistratura. À vista das condições pessoais e funcionais específicas necessárias, considerar-se-ia também uma licença nos termos dos §§ 5a e 6 da LRiG ou um afastamento do serviço nos termos do § 6b da LRiG.” (“*Dem Bewerber steht es gemäß § 21 Absatz 2 Nr. 4 DRiG offen, seine Entlassung aus dem Richter Verhältnis zu beantragen. Bei Vorliegen der erforderlichen besonderen persönlichen und dienstlichen Verhältnisse käme auch eine Beurlaubung gemäß §§ 5 a und 6 LRiG oder eine Freistellung vom Dienst gemäß § 6 b LRiG in Betracht.*”). Resposta à consulta disponível em < <http://zip.net/blsZBW> > ou < <http://www.landtag.rlp.de/landtag/drucksachen/3198-14.pdf> >; acesso em 8 mar. 2016.

31 Como dito, embora a linguagem da vedação relativa aos Ministério Público não fale, como a dos juízes, em cargo, a função é um *minus* em relação ao cargo, donde a vedação a exercer função inclui, no mesmo âmbito, a de ocupar cargo.

32 *Apud* dicionário Priberam.

33 *Apud* dicionário Michaelis.

Resulta cristalina, assim, a compatibilidade com o texto de ambas as vedações da exegese segundo a qual o que proíbem é o magistrado desempenhar, simultaneamente com o cargo efetivo, outra função pública. Necessita obter das instâncias institucionais competentes o afastamento. Isso se aplica até se estiver em disponibilidade, quer punitiva, quer resultante de mutações na quadro de pessoal, pois essa figura não se confunde com a do afastamento. Nela, o magistrado – como sugere a própria palavra – deve estar à disposição da instituição a que pertença, embora não esteja no desempenho concreto de função pública, o que é diferente de estar afastado do cargo ou da função.

O afastamento de magistrado judicial ou ministerial para cargo ou função em outro poder deve estar sujeito a critérios materiais rigorosos de compatibilidade com o cargo efetivo, não apenas com seu exercício, mas, sobretudo, com sua titularidade. O critério perfilhado pela Suprema Corte dos EUA – preservação da instituição de origem – vem bem a propósito.

O regramento constitucional do Ministério Público estabelece, no art. 129, IX, cláusula aberta de suas funções institucionais e permite que outras lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. Veda-lhe, específica e exemplificativamente, representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas. Dada a simetria constitucional entre os regimes deontológicos do Poder Judiciário e do Ministério Público, essa vedação, inclusive porque de textura aberta e elementar, deve reputar-se aplicável também aos juízes, na avaliação da compatibilidade do cargo de magistrado togado com o exercício de função em outro poder.

Funções alheias às atribuições ministeriais e às competências judiciárias mais precípuas, distanciadas do saber jurídico ou de excessivo confinamento decisório não podem ser consideradas conformes às finalidades institucionais do Judiciário e do Ministério Público. Assim como seria intuitiva a compatibilidade com a finalidade institucional do MP o exercício, por membro seu, de função ligada à política penitenciária nacional, também seria evidente o descabimento do exercício de direção do programa espacial brasileiro. De igual modo, estaria em clara harmonia com as finalidades institucionais do Judiciário o exercício, por juiz togado, de função de coordenação das atividades de cooperação jurídica internacional, mas repeliria à fisionomia institucional do Judiciário o exercício, por juiz, de funções ligadas à logística da defesa nacional.

As vedações apresentam mais dois aspectos, um na contramão interpretativa do outro: um atinente ao magistério e outro ao exercício de funções eventuais em outro poder. Por um lado, a exceção de exercício simultâneo do magistério é demasiado ampla em seu teor literal; deve-se entender que não é inteiramente livre, mas deve adequar-se às exigências do cargo efetivo no Judiciário ou no Ministério Público. Por outro, o silêncio do texto constitucional sobre o exercício de função eventual em outro poder deixa lacuna sobre modalidade de exercício simultâneo tradicional, longa e útil à administração pública – basta lembrar a densidade da atuação de juízes e membros do Ministério Público em conselhos penitenciários, conselhos de direitos humanos e conselhos de proteção de testemunhas.

Funções eventuais, ainda que exercidas em outro poder e

mediante remuneração, devem reputar-se integrantes do plexo de atribuições e responsabilidades dos cargos efetivos de magistrados judiciais e do Ministério Público. Trata-se de compreendê-los em dimensão mais ampla e em linha com a percepção de que a própria divisão funcional do poder não é estática nem linear, mas tem sua essência nos chamados freios e contrapesos.

Interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais proporciona adequada proteção e promoção do princípio da independência funcional do Ministério Público. Interdita acumulação de funções, a qual realmente poderia colocar em risco a defesa dos interesses conferidos constitucionalmente ao Ministério Público. Mas, ao permitir exercício de função pública diversa da ministerial, com ela compatível, desde que ocorra prévio afastamento, viabiliza fortalecimento e diálogo das instituições, evita isolamento institucional do MP e permite que seus membros levem a outros órgãos públicos sua experiência profissional e sua capacidade de colaborar para a persecução do interesse público.

Em se tratando do exercício das funções de ministro (ou secretário) da justiça por membro do Ministério Público, há total compatibilidade com as atribuições institucionais do MP. O art. 27, XIV, da Lei 10.683, de 23 de maio de 2003, que organiza a Presidência da República e os ministérios, atribui as seguintes competências ao Ministério da Justiça:

Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes: [...]

XIV – Ministério da Justiça:

- a) defesa da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais;
- b) política judiciária;

- c) direitos dos índios;
- d) entorpecentes, segurança pública, Polícias Federal, Rodoviária e Ferroviária Federal e do Distrito Federal;
- e) defesa da ordem econômica nacional e dos direitos do consumidor;
- f) planejamento, coordenação e administração da política penitenciária nacional;
- g) nacionalidade, imigração e estrangeiros;
- h) ouvidoria-geral dos índios e do consumidor;
- i) ouvidoria das polícias federais;
- j) assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados em lei;
- l) defesa dos bens e dos próprios da União e das entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta;
- m) articulação, coordenação, supervisão, integração e proposição das ações do Governo e do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas nos aspectos relacionados com as atividades de prevenção, repressão ao tráfico ilícito e à produção não autorizada de drogas, bem como aquelas relacionadas com o tratamento, a recuperação e a reinserção social de usuários e dependentes e ao Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas;
- n) política nacional de arquivos; e
- o) assistência ao Presidente da República em matérias não afetas a outro Ministério;

Muitas dessas atribuições coincidem com a atuação quotidiana dos integrantes do Ministério Público. O art. 127 da CR comete ao órgão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Seu art. 129 arrola, entre as funções institucionais do MP, (i) proteção de interesses difusos e coletivos; (ii) defesa dos interesses das populações indígenas; (iii) controle externo da atividade policial. Há larga interseção, portanto, entre funções como as de Ministro da Justiça e a missão constitucional do Ministério Público.

A vedação a membros do Poder Judiciário, prevista no art. 95, parágrafo único, I, da Constituição,³⁴ deve aplicar-se da mesma forma, ante o paralelismo entre os regimes do Ministério Público e do Judiciário (CR, art. 129, § 4º).³⁵ Consoante decisão do STF, a norma constitucional consubstancia “proibição geral de acumulação do cargo de juiz com qualquer outro, de qualquer natureza ou feição, salvo uma de magistério”.³⁶ Entretanto, essa vedação não deveria impedir afastamento temporário do cargo de magistrado judicial para exercício de outras funções públicas, desde que autorizado pelo órgão competente e desde que as funções tenham compatibilidade com a aplicação do Direito, como se expôs.

Não ocorre violação da independência do Ministério Público como instituição (assim como não ocorreria com a do Poder Judiciário) pelo fato de determinado membro seu vir a exercer função no Executivo, de forma temporária e mediante precedente afastamento. Não parece razoável concluir que o exercício de funções por membro do Ministério Público no Poder Executivo leve aquele a submeter-se a este ou a recelar adotar medidas contra autoridades desse poder, quando for o caso. Essa visão embute a premissa de que o exercício dessas funções seria essencial e inevitavelmente nocivo e “contaminaria” o Ministério Público. Parte de presunção apriorística de erro e de vício, como

34 “Art. 95 [...]”

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; [...]”.

35 “§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

36 STF. Plenário. MS 25.938/DF. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 24/4/2008, un. DJe 172, 11 set. 2008.

se a atuação dos agentes públicos – e dos agentes políticos em particular – não pudesse ser, de ordinário, correta e republicana.

Importa reiterar que, nesses casos, o membro estará *afastado* do exercício quotidiano de suas funções ministeriais, às quais retornará ao cabo de sua investidura temporária no cargo político para o qual foi nomeado. Esse afastamento já funciona como salvaguarda para evitar mistura indevida de atuação do membro como agente da instituição e como agente político de outro poder. Com isso, protege-se a independência da instituição, que esta ADPF alegadamente visa a tutelar.

O ordenamento infraconstitucional provê mecanismos adicionais de defesa da isenção necessária ao exercício de funções judiciais e do Ministério Público, por meio dos institutos do impedimento e da suspeição (nos arts. 144, 145 e 148, I, do novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e nos arts. 95, I, e seguintes e 112 do Código de Processo Penal). Ao retornar ao exercício costumeiro de suas funções no Ministério Público, o membro poderá distanciar-se dos casos em que possa haver pontos de fricção com as funções que houver desempenhado fora da instituição.

Protege a independência da função ministerial também o fato de o Conselho Nacional do Ministério Público exigir, para validade de tais afastamentos, pertinência entre as funções do cargo a exercer e as finalidades constitucionais do MP. Desse modo, não há choque, em princípio, entre a atuação do membro afastado e a destinação constitucional da instituição. Muito ao contrário, os casos mais frequentes de autorização de tais afastamentos têm sido úteis para que a experiência do membro do Mi-

nistério Público e sua visão institucional concorram, em outros locais do poder público, para realizar várias finalidades do órgão, em áreas como administração da justiça, sistema criminal, segurança pública, defesa do ambiente, redução de desigualdades e defesa de direitos fundamentais, entre outras.

Tudo globalmente considerado, não há mal intrínseco para o Ministério Público e para suas finalidades institucionais com a nomeação de um de seus membros – previamente afastado – para exercer funções como as de ministro ou secretário em áreas como justiça, segurança pública e meio ambiente. Na realidade, essas nomeações podem ser extremamente benéficas na consecução dos objetivos institucionais da instituição. Para a destinação do Ministério Público no art. 127, *caput*, da Constituição, a nomeação de membro para essas funções pode ser muito produtiva, ante a experiência e a vivência dos membros do Ministério Público na defesa dos valores constitucionais do art. 127.

Dessa maneira, em vez de afetar a proteção constitucional do Ministério Público, o exercício de funções fora da carreira por um membro seu pode, na realidade, *contribuir* de modo importante para atingir as finalidades constitucionais da instituição. Essa tem sido a experiência concreta de vários anos em que o Conselho Nacional do Ministério Público tem aceito esses afastamentos. Diversos membros do MP têm exercido funções como a de secretário de estado sem que isso tenha em nada afetado a atuação legítima da instituição.

Enfim, esta pauta hermenêutica quanto às vedações em exame conduz às seguintes conclusões:

(a) elas vedam a juízes e membros do Ministério Público exercício simultâneo das atribuições do cargo efetivo e de outro cargo ou função em outro poder;

(b) elas vedam a juízes e membros do Ministério Público em disponibilidade o exercício de qualquer função pública, as do cargo efetivo ou quaisquer outras;

(c) elas não vedam a juízes e membros do Ministério Público ocupar cargo ou exercer função em outro poder que exija dedicação integral, desde que se afastem das funções de seu cargo efetivo, observados os limites materiais aplicáveis;

(d) elas não vedam a juízes e membros do Ministério Público exercício simultâneo de atribuições do cargo efetivo e de função de confiança na estrutura administrativa da própria instituição;

(e) elas não vedam a juízes e membros do Ministério Público exercício simultâneo das atribuições do cargo efetivo e de funções eventuais, que não exijam dedicação integral, em outro poder;

(f) elas não vedam a juízes e membros do Ministério Público exercício simultâneo das atribuições do cargo efetivo e do magistério, demonstrada compatibilidade de horários;

(g) o afastamento de juízes e membros do Ministério Público para ocupar cargo ou exercer função em outro poder que exija dedicação integral deve levar em conta, no plano material, compatibilidade com as finalidades e preservação da integridade da instituição e da dignidade do cargo.

V CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina o Procurador-Geral da República pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, no mérito, pela improcedência do pedido.

Brasília (DF), 8 de março de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/MPOM/CCC-Par.PGR/WS/2.164/2016

José Afonso da Silva

Advogado
Professor Titular da Faculdade Direito da USP
Aposentado

Folha n.º 07
Ministério Público

PARECER

A consulta

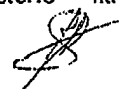
O DR RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, 1º Promotor de Justiça do Meio Ambiente da Capital de São Paulo, pretendendo um parecer jurídico, indaga da possibilidade de membro de Ministério Público estadual, empossado após a promulgação da Constituição de 1988, exercer o cargo de Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e se é possível qual o mecanismo jurídico adequado, na hipótese, para a viabilidade dessa possibilidade

A urgência com que o ilustre Consultante me solicita o parecer não me permite senão tratar da questão de maneira bastante sintética

1. Regra geral de aderência do membro do Ministério Público às suas funções institucionais

1 A aderência de membros do Ministério Público às suas funções institucionais é hoje uma regra geral. Essa aderência significa que o Membro do Ministério público, em princípio, só deve exercer as funções próprias de sua carreira, conforme definição da Constituição (art. 129). Isso quer dizer que a Constituição impôs estritas restrições a seu afastamento da carreira para o exercício de outra função pública.

2. Essa vedação consta do art. 128, § 5º, inc. II, letra "d", da Constituição, onde se proíbe ao membro do Ministério Público *exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério*. Essa proibição, contudo, não é absoluta, pois, além da exceção aí estabelecida – que possibilita o exercício de uma função de magistério – há



Jose Afonso da Silva

Advogado

Professor Titular da Faculdade Direito da USP

Folha n.º 08 2

Ministério Público

ainda a situação jurídica subjéctiva criada no art 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que permitiu ao membro do Ministério Público optar, no que respeita às garantias e vantagens, pelo regime jurídico anterior à Promulgação da Constituição, o que, em princípio, o põe a salvo de algumas restrições supervenientes Não é o caso de entrar nelas aqui, porque o caso da consulta se prende à situação de membro do Ministério Público que tenha ingressado na carreira após a promulgação da Constituição. Mas certamente se tem que examinar a proibição em causa em face de outras normas constitucionais para compreender melhor a amplitude e os limites do campo de sua aplicação Se se fosse examinar isoladamente aquela cláusula restritiva, então a resposta à consulta seria, desde logo, negativa Mas isso seria prender-se a uma interpretação muito literal da Constituição.

3 Vale dizer, devemos perquirir no texto constitucional se não há alguma norma que interfira com o sentido daquela cláusula vedatória E, então, sem necessidade de irmos muito longe, depara-se-nos o texto do inc IX do art 129 da Constituição, segundo o qual se inclui entre as funções institucionais do 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 publicas"

Que funções são essas? Conferidas como?

Com certeza, as funções que aqui se autoriza conferir ao membro do Ministério Público não são as que lhe sejam inerentes, não são as essenciais ao seu mister, não são tipicamente da Instituição. Por que não? Porque a cláusula "desde que compatíveis com sua finalidade" demonstra que não se trata de funções próprias dele nem da Instituição. Se o fossem não teria sentido declarar que elas precisam ser compatíveis com sua finalidade, simplesmente, porque, como é curial, não pode haver funções inerentes, essenciais, típicas do Ministério Público que não sejam compatíveis com sua finalidade Todas os são, sem necessidade de cláusula que o exprima especialmente Logo, as funções de que se trata são funções de outra natureza, de outros órgãos, que a Constituição admite que lhe sejam conferida, com a observância de que sejam compatíveis com as suas finalidades O modo de conferir essas atribuições será um ato do Procurador Geral da Justiça, segundo definição legal de suas atribuições, geralmente precedido de alguma manifestação do Conselho Superior do Ministério Público



João Afonso da Silva

Advogado
Professor Titular da Faculdade Direito da USP

Folha n.º 09
Ministério Público

3

Pode-se até questionar se essa disposição constitucional está devidamente localizada. Veja-se, ela autoriza o exercício de funções que forem conferidas a membros do Ministério Público, mas, no mesmo passo, estabelece vedações, quer dizer, entre as funções que se podem conferir, não poderão estar as de "representação judicial" e de "consultoria jurídica de entidades públicas", proibições que ou estão já consignadas no inc. II do § 5º do art. 128 ou, se não estão, deveriam estar. Certamente que a vedação de exercer a consultoria jurídica de entidades públicas já se acha configurada na proibição da letra "d" daquele inciso. A vedação de representação judicial não se encontra rigorosamente entre as vedações do citado inc. II, porque não é a mesma coisa que vedação do exercício da advocacia.

4 A partir dessas considerações, pode-se indagar qual a natureza da norma constante do inc. IX do art. 129? É uma norma definidora de funções institucionais do Ministério Público? Essencialmente, já vimos que não, porque se o fosse não haveria por que exigir compatibilidade com suas finalidades. E se ela tem cláusulas vedatórias de funções, elas deveriam estar consignadas no inc. II do art. 128, se já não o estão. Vale dizer, os textos dos incs. II do art. 128 e IX do art. 129 disciplinam uma mesma realidade jurídica, qual seja o campo das vedações aos membros do Ministério Público e suas exceções. Juntando ambas as disposições no texto do art. 128, II, é lícito ter dele a seguinte compreensão:

"Art. 128.

§ 5º

II – as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer advocacia e a representação judicial;
- 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 em lei.

§ 6º A vedação da alínea "d" do inciso II do parágrafo anterior não impede que sejam conferidas aos membros do Ministério Público outras funções, desde que sejam compatíveis com as finalidades da Instituição.

5 A forma de dizer pode ser diferente, mas o sentido dos dois textos é rigorosamente esse que se deu acima. Essencialmente foi exatamente o que fez a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, no art. 170, *in verbis*:

"Art. 170 – Aos membros do Ministério Público é vedado:

José Afonso da Silva

Advogado
Professor Titular da Faculdade Direito da USP

Folha n.º 10 4
Ministério Público

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II - exercer a advocacia;

III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como quotista ou acionista;

IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério;

V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.

Parágrafo único - Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, 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 na Administração Superior e junto aos Órgãos de Administração ou Auxiliares do Ministério Público

Aí está um parágrafo que precisamente dá consequência prática ao disposto no inc. IX do art. 129 da Constituição, com a observação de que a enumeração de situações é meramente exemplificativa. Se esse inciso constitucional autoriza que se confira ao Ministério Público, logo a seus membros, funções outras, desde que compatíveis com suas finalidades, então o texto legal entra seu arrimo de legitimidade exatamente ali. Há vários exemplos da aplicação da regras do parágrafo citado.

6. Resta a questão de saber se as funções de Conselheiro do CADE são compatíveis com as finalidades do Ministério Público

2 - Posição jurídica do CADE e de seus Conselheiros

7 É ponto importante para o deslinde da questão saber qual a posição jurídica do Conselheiro do CADE para então se verificar se existe compatibilidade com seu exercício e as finalidades do Ministério Público

8. A função essencial do CADE consiste na defesa dos fins e princípios da ordem econômica tal como consta no art 170 da Constituição nos termos da Lei 8.884, de 11 6 1994. Essa lei, segundo seu art. 1º, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do

José Afonso da Silva

Advogado

Professor Titular da Faculdade Direito da USP

Folha n.º 11 5

Ministério Público

poder econômico O parágrafo do mesmo artigo declara que a coletividade é que é a titular dos **bens** protegidos por esta lei

9. Nem é preciso ir mais longe para mostrar a afinidade desses objetivos da lei com as **funções** institucionais do Ministério Público. Bastaria observar que se a coletividade é a titular dos bens protegidos pela lei é porque se trata de bens de interesse coletivos o que está inteiramente afinado com o disposto no art. 129, III, da Constituição e com o art. 103, VIII da Lei Orgânica do Ministério Público. A livre concorrência, a liberdade de iniciativa, a defesa do consumidor, bens protegidos pela lei, são todos direitos assegurados na Constituição Federal. Como tal, zelar por seu efetivo respeito e promover medidas necessárias a sua garantia se incluem também entre as funções institucionais do Ministério Público (CF, art. 129, II). A repressão ao abuso do poder econômico, como os demais bens protegidos por aquela lei, constitui medida de defesa do regime democrático e, de um modo geral, se incluem ou entre os interesses difusos, ou entre os coletivos, ou entre os homogêneos cuja defesa tem dado tanto relevo às funções do Ministério Público.

10. Só isso seria suficiente para comprovar a nítida correlação das atividades do CADE e, por conseqüência, de seus Conselheiros com as funções institucionais do Ministério Público, de modo a subsumirem sob as normas do inc. IX do art. 129 da Constituição e do parágrafo único do art. 170 da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. A despeito disso, reforça o que se acaba de dizer lembrar a posição do CADE, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, que o art. 3º da Lei 8.884/94 qualifica como "órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional". Essa qualificação não exprime corretamente a situação jurídica do órgão, porque falar em "órgão judicante com jurisdição" confunde a natureza administrativa da autarquia com funções judiciais, quando não é nada disso. O "judicante" aqui significa apenas decisão administrativa de prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica. A "jurisdição" também é puramente administrativa, preventiva e repressiva.

11. O Conselho, enfim, é composto de um Presidente e de seis Conselheiros, com mandato de dois anos. As atribuições do seu Plenário, definidas no art. 7º da lei, constituem meios pelos quais ele faz valer os objetivos constantes do art. 1º, que já vimos que se afinam com as funções institucionais do Ministério Público. Não é necessário arrolar aqui todas essas atribuições. Basta alguns exemplos, tais como zelar pela observância da Lei 8.884/94, decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas.

José Afonso da Silva

Advogado
Professor Titular da Faculdade Direito da USP

requisitar medidas necessárias ao cumprimento da lei, requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos da lei etc Por seu lado, cabe aos Conselheiros, exemplificativamente, emitir voto nos processos e questões submetidas ao Plenário, proferir despachos e lavrar as decisões nos processos em que forem relatores, submeter ao Plenário a requisição de informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas etc O que se quer aqui é mostrar que as funções do CADE como de seus Conselheiros são compatíveis com as finalidades do Ministério Público em exata consonância com o disposto no inc. IX do art. 129 da Constituição Federal, assim como do parágrafo único do art. 170 da Lei Orgânica do Ministério Público

3. "Modus faciendi"

12. Pelo que se acaba de ver, no mérito, não há empecilho à possibilidade de membro do Ministério Público aceitar convite para exercer a função de Conselheiro do CADE. A questão que se põe agora é simplesmente procedimental quanto ao modo de afastamento para assumir aquela função

13. Desde logo, já se pode descartar uma das possibilidades que seria a acumulação do exercício do cargo de membro do Ministério Público e a função de Conselheiro do CADE. Isso por três razões. Não haveria compatibilidade de horário, nem se trata de situação funcional acumulável nos termos do inc. XVI do art. 37 da Constituição. Em terceiro lugar, porque, do ponto de vista da função de Conselheiro, existe a regra do § 2º do art. 4º da Lei 8.884/94, com a redação determinada pela Lei 9.021, de 30.3.1995, segundo a qual *os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas*. Deve-se lembrar, contudo, que as hipóteses autorizadas no art. 170, parágrafo único, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo não são de acumulação

14. O caminho possível seria alguma forma de afastamento. A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo prevê diversas hipóteses de afastamento possíveis, tais como:

I – *licença especial*, a critério do Procurador-Geral de Justiça, para tratar de assuntos particulares, pelo prazo máximo de dois anos (arts. 207, V, e 213);

II – *afastamento de suas funções*: II 1) para realização de atividade de relevância para a Instituição; II 2) exercício de atividades prevista no parágrafo único do art. 170, tal como tem acontecido para o membro do Ministério Público participar, por exemplo, do CONSEMA, do FEDRIDL (Conselho Gestor do Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos), do FID (Fundo de Interesses Difusos) ou de Conselhos Penitenciários etc., sempre

José Afonso da Silva

Advogado
Professor Titular da Faculdade Direito da USP

Folha n.º 13 7

Ministério Público

por ato do Procurador-Geral de Justiça com prévia deliberação do Conselho Superior do Ministério Público

É de observar que, na hipótese, não tem cabimento o afastamento previsto no inc. II do art 217 da LOMPSP que é afastamento do cargo e, portanto, afastamento da carreira para exercer outro cargo, emprego ou função, com ou sem os vencimentos e demais vantagens do cargo, no forma do disposto no § 2º do mesmo art. 217 Esse dispositivo não se aplica ao membro do Ministério Público que tenha ingressado na carreira depois da promulgação da Constituição de 1988

4. Resposta ao quesito

A resposta ao quesito da consulta é positiva no sentido da possibilidade, no mérito, de membro do Ministério Público do Estado exercer o cargo de Conselheiro do CADE, mediante uma das formas legais de afastamento da função.

80 meu parecer, s. me f.
José Afonso da Silva
E05B/55º 13917
CIC 032 588 748-91
R.G. 1.240.813