

Eduardo Muylaert

Trata-se de saber, por solicitação do presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, se Procurador da República que tenha ingressado na carreira antes da promulgação da Constituição de 1988 pode exercer funções de secretário ou ministro de Estado.

Em relação aos que ingressaram na carreira no regime da Constituição de 1988, após algumas refregas jurídicas, não há mais dúvida de que tal exercício é vedado.

Assim decidiu a maioria do Plenário do STF, na ADPF 388, cujo acórdão aguarda publicação: os membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da Instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério. Os que os ocupavam, devem ser exonerados imediatamente após a publicação da ata do julgamento, o que já ocorreu.

Em decorrência dessa decisão, procurador de justiça do Estado da Bahia ficou impedido de ocupar a pasta da Justiça. Em seguida, porém, foi nomeado para o mesmo posto um Procurador da República. Sua posse se legitimaria pela circunstância de seu ingresso na instituição ser anterior à vigência da Constituição de 1988, que instituiu a vedação.

Como esclareceu o ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF 388, na minuta de seu voto (em elaboração): “Há (no STF) 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, Carmen 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”.

Eduardo Muylaert

A finalidade da vedação constitucional é destacada no voto, que aponta como 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...”**”.

Essa orientação é reiterada na pacífica jurisprudência do próprio STF referida no voto. Algumas questões levantadas, inclusive, servem de subsídio à presente hipótese.

Na ADIN 2.534, que descartou por unanimidade as alterações da Lei Orgânica do MPE de Minas Gerais que abriam possibilidade do afastamento do membro do MP para exercer o cargo de Ministro, o relator, Ministro Maurício Corrêa, destacou **“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”** (sessão plenária de 15.8.2002).

Da mesma forma, no MS 26.595, relatora a Ministra Carmen Lúcia, afirmou-se a **“impossibilidade de membro do Ministério Público que ingressou na instituição após a promulgação da Constituição de**

Eduardo Muylaert

1988 exercer cargo ou função pública em órgão diverso da organização do ministério público". (Tribunal Pleno, 7.4.2010)

O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, chegou a afirmar: **“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).

Como afirma o ministro Gilmar Mendes, “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”.

O ideal, portanto, seria que em hipótese alguma os membros do Ministério Público pudessem ocupar cargos no poder executivo ou legislativo. Ocorre, porém, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988, ao dispor sobre a transição do regime, estatuiu:

“Art. 29.

§ 2º Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 3º Poderá optar pelo regime anterior, no que respeita às garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta”.

Eduardo Muylaert

É certo que, na situação jurídica anterior, embora já fosse inconveniente, não havia vedação explícita. Depois, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, estabeleceu um prazo para as opções disponíveis aos Procuradores da República, deixando claro que não poderiam transitar entre carreiras diversas ou beneficiar-se de mais de um regime jurídico:

“Art. 281. Os membros do Ministério Público da União, nomeados antes de 5 de outubro de 1988, poderão optar entre o novo regime jurídico e o anterior à promulgação da Constituição Federal, quanto às garantias, vantagens e vedações do cargo.

Parágrafo único. A opção poderá ser exercida dentro de dois anos, contados da promulgação

Art. 282. Os Procuradores da República nomeados antes de 5 de outubro de 1988 deverão optar, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

§ 1º (Vetado).

§ 2º Não manifestada a opção, no prazo estabelecido no parágrafo anterior, o silêncio valerá como opção tácita pela carreira do Ministério Público Federal”.

Passou-se a entender, assim, que os que não fizeram a opção pelo regime anterior teriam as garantias e vantagens do novo regime, mas também as respectivas vedações.

A matéria foi examinada várias vezes em função de outro artigo da mesma lei, a saber o artigo 237, que retoma a vedação constitucional, especialmente em matéria eleitoral:

Art. 237. É vedado ao membro do Ministério Público da União:

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

Eduardo Muylaert

II - exercer a advocacia;

III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista 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 o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer.

No Agravo Regimental no Recurso Ordinário nº 1070, o TSE, por maioria, vencido o relator, ministro Cezar Peluso, lavrou a seguinte súmula de julgamento:

“Agravo regimental. Recurso ordinário. Eleições 2006. Candidato a deputado estadual. Membro do Ministério Público Estadual. Opção. Regime jurídico anterior. Registro deferido. Agravo desprovido.

- 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n 2836/RJ, assentou que a norma do parágrafo único do art. 281 da Lei Complementar n 75/93 não se aplica aos membros do MP estadual. Sendo assim a opção de que trata o § 3º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no âmbito do Ministério Público dos Estados, é formalizável a qualquer tempo.*
- 2. Enquanto os magistrados estão submetidos a regime jurídico federativamente uniforme, os membros do Ministério Público da União e do Ministério Público nos Estados têm estatutos jurídicos diferenciados, aspecto constitucional que autoriza concluir que nem todas as disposições contidas na lei complementar nº 75/93 se aplicam aos membros do parquet estadual”.*

Ficou vencido o relator, que não via cabimento nesse tratamento diferenciado, preconizava a aplicação subsidiária do dispositivo também aos ministérios públicos estaduais e mostrava as consequências nefastas de solução contrária.

Eduardo Muylaert

No julgamento do RO nº 999, o relator, ministro Gerardo Grossi, havia concluído que os membros do MP que houvessem ingressado antes da Constituição e tivessem optado pelo regime anterior, por força do art. 29, 3º, das Disposições Constitucionais Transitórias, não fariam jus às garantias e vantagens do novo regime, e, assim, não seriam alcançados pela Emenda Constitucional nº 45.

Na ocasião, o ministro Marco Aurélio exigia: **“essa opção tem de estar demonstrada em um ato comissivo, e não omissivo”**. Certo é que, em relação ao Ministério Público Federal, ficou assentado que a opção deveria ser manifestada naquele prazo de dois anos, já decorrido de há muito.

No caso, o ministro Marco Aurélio chegou a pedir um esclarecimento, se no interregno não teria havido a prática de ato, ou assunção de cargo, que revelasse implicitamente a opção pelo sistema anterior da carta, mas não havia. Chegou até a cogitar de aceitar a opção do regime antigo por um ato implícito, a despeito da falta expressa de opção.

O eminente ministro Marco Aurélio, então, observou: **“A rigor, pelo artigo 29, 3º, das ADCT, teria de haver ato comissivo de opção pelo regime pretérito, porque o novo regime da Carta alcançou automaticamente os integrantes do quadro do Ministério Público”**.

O relator, ministro Carlos Ayres Brito, destacou seu ponto de vista de que o artigo 281 da LC 75/93 não se aplica ao MP estadual, onde a opção pode ser feita a qualquer tempo. De todo modo, em nenhum momento se admitiu que o prazo de dois anos não se aplicasse aos procuradores da República.

Aliás, notáveis as observações do ministro César Peluso: “A Constituição quis estabelecer que quem é Ministério Público é Ministério Público, quem tiver vocação política que assuma sua vocação política. Isto é, quis deixar claras as diferenças de funções. **Quem é membro do MP e quer continuar na carreira tem um termo para se definir; quem considera que tem vocação louvável**

Eduardo Muylaert

de político, deve fazer a opção dentro do prazo. E não pode subsistir permanentemente a possibilidade de mudança, a incerteza, a labilidade. Enfim, a indefinição não é conveniente à nitidez e à separação das funções”.

Portanto, a conclusão é de que um procurador da República só pode assumir funções de ministro ou secretário de Estado se atender a duas condições: ter ingressado na carreira antes da vigência da Constituição de 1988 e ter, no prazo de dois anos fixado na Lei Orgânica do Ministério Público, optado pelo regime antigo.

Do mesmo modo como os membros do MP Estadual conseguiram vencer essa barreira, é possível que surjam argumentos visando derrubar a barreira da oportuna opção, ao argumento de que a lei não poderia disciplinar o que já implícito estava na Constituição. Basta lembrar que o próprio ADCT já previa, em relação ao § 2º do mesmo artigo, que a forma da opção entre carreiras fosse disciplinada pela lei complementar.

Querer invalidar, a esta altura, um dispositivo saudável da Lei Orgânica seria um contra-senso. Afinal, ninguém pode querer os benefícios de um regime sem suportar também os seus ônus.

A recente ciranda de nomeações de membros do Ministério Público, seja estadual, já descartada, seja federal, esta ainda buscada pelo Poder Executivo, no momento em que a Procuradoria-Geral da República investiga vários integrantes do governo, mostra todos os inconvenientes dessa solução que a Constituição de 1988 quis banir.

Tal confusão de papéis enfraquece as instituições e cria indesejáveis conflitos. Respeitada a autonomia de seus membros, o Ministério Público é uma instituição una: cada um de seus membros se manifesta pela instituição. Na hipótese de um deles se desgarrar temporariamente para servir ao Executivo, quase inevitavelmente entrará em conflito com seu chefe institucional, o Procurador-Geral da República. Além disso, assume a supervisão administrativa da Polícia Federal, cuja ação

Eduardo Muylaert

obedece às determinações da Justiça Federal e não do ministro da Justiça.

O ministro que é ou foi procurador, por outro lado, ao passar a manifestar-se como agente político, subordinado ao Chefe de Governo, além de ser demissível por este, pode estar em contradição com as opiniões que tenha anteriormente manifestado como membro do MP, de acordo com sua consciência profissional.

Como salta aos olhos, acertou o Constituinte ao instituir a vedação. E as exceções previstas na Lei Orgânica e no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias só podem ser interpretadas restritivamente. Quando a Lei exige uma opção no prazo de dois anos, que expirou em 1995, não se pode admitir que a opção seja feita a qualquer tempo, pois isto seria a própria negação da letra e do espírito da Lei Orgânica e da disposição constitucional que, como seu nome o diz, é transitória, adaptada ao regime de transição, e não uma franquia para todo o sempre.

É a opinião que, através do ilustre Presidente, submeto à apreciação ao Conselho do Instituto dos Advogados de São Paulo.

São Paulo, 23 de março de 2016.

Eduardo Augusto Muylaert Antunes

OAB/SP 21.082