

09/03/2016

PLENÁRIO

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

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

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

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

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

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

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

juridicamente **idôneo** apto a sanar, **com efetividade real**, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. **Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.**

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

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

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

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

Se assim não se entendesse, **a indevida aplicação** do princípio da subsidiariedade **poderia afetar** a utilização dessa **relevantíssima** ação de índole constitucional, **o que representaria**, em última análise, **inaceitável**

frustração do sistema de amparo jurisdicional, instituído na Carta Política, **concernente** a valores essenciais, a preceitos fundamentais e a direitos básicos, **com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição.**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Estabeleceu-se, no contexto desse quadro normativo, **verdadeira fórmula transacional**, em ordem a manter perfeita relação de equilíbrio entre magistrados e membros do Ministério Público **no que se refere** ao

gozo **das mesmas** prerrogativas e à incidência **das mesmas** situações de incompatibilidade.

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

É certo que a “*mens legislatoris*”, **embora não assuma nem se revista de caráter decisivo e preponderante na definição hermenêutica, constitui, não obstante, um dado relevante** que pode e deve ser considerado pelo intérprete **no processo** de exegese constitucional.

Revela-se importante, por tal motivo, **indagar** das razões e do contexto histórico **que levaram** o constituinte a conceber, a debater, a aprovar e a promulgar **determinada** regra constitucional, **como essa que se acha inscrita** no art. 128, § 5º, II, “d”, de nossa Carta Política. **Nesse sentido, cabe reproduzir**, ante a sua extrema pertinência, **fragmento de um valioso e esclarecedor estudo** que o Dr. LUIZ ALBERTO DOS SANTOS, antigo Subchefe da Casa Civil da Presidência da República (2003/2014), **fez sobre a origem mesma e sobre as razões determinantes relativas à cláusula vedatória fundada** no preceito constitucional em questão (“**Constituição proíbe que membro do Ministério Público seja ministro de Estado**”, **Revista CONJUR**, edição de 08/03/2016):

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

A Assembleia Nacional Constituinte, em 12 de abril de 1988, deliberou sobre o tema. Na oportunidade, o texto do substitutivo então apresentado por parlamentares de diferentes

partidos consignava as garantias e vedações aos membros do Ministério Público, na forma que veio a ser promulgada em 5 de outubro. O texto foi aprovado por 350 Constituintes, de um total de 383 votantes.

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

Tal histórico fortalece a tese de que não existe margem de interpretação possível para que o membro do Ministério Público possa exercer a função de Ministro de Estado, ou de Secretário de Estado ou de Município, senão renunciando ao cargo

de membro, ou dele se desligando mediante aposentadoria voluntária por tempo de contribuição ou idade.” (grifei)

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

É por essa razão que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – com ressalva da norma excepcional de direito transitório fundada no art. 29, § 3º, do ADCT – firmou-se no sentido de reputar inadmissível, por explícita ofensa ao texto da Constituição, cujos limites semânticos não podem ser ignorados pelo intérprete, a possibilidade de o membro do Ministério Público ocupar e exercer outros cargos e funções estranhos à carreira que integra (ADI 2.084/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ADI 2.836/RJ, Rel. Min. EROS GRAU – ADI 3.298/ES, Rel. Min. GILMAR MENDES – ADI 3.838-MC/DE, Rel. Min. AYRES BRITTO – ADI 3.839-MC/MT, Rel. Min. AYRES BRITTO – AI 768.852-AgR/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – MS 26.325-MC/DE, Rel. Min. GILMAR MENDES – MS 26.584-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.595/DE, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 738.577-AgR-segundo/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

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

Público. Inadmissibilidade da licença para o exercício dos cargos de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato.”

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

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

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

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

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

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

Cabe lembrar, por oportuno, que esse entendimento jurisprudencial tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 1.628/1.629, item n. 128.12-A, 9ª ed., 2013, Atlas; HUGO NIGRO MAZZILLI, “**Regime Jurídico do Ministério Público**”, p. 289/297, item “e”, 8ª ed., 2014, Saraiva; EMERSON GARCIA, “**Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico**”, p. 557/560, item n. 44.8, 2ª ed., 2005, Lumen Juris; UADI LAMMÊGO BULOS, “**Constituição Federal Anotada**”, p. 1.201, 10ª ed., 2012, Saraiva, v.g.), valendo reproduzir, no ponto, fragmento da lição exposta por**

ADPF 388 MC / DF

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (“**Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**”, p. 187, item n. 2.5, 3ª ed., 2012, Atlas):

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

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

“1. Ao membro do Ministério Público é vedado exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, exceto uma do Magistério (art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Carta Magna);

essa vedação se estriba na necessidade de preservar a liberdade funcional dos Membros do MP e assegurar-lhes a indispensável independência e autonomia, em face das superiores atribuições que o art. 127 da Constituição confere à Instituição Ministerial.

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

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

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

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

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

4. Recurso ordinário provido."

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

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

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

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

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

“A declaração de insubsistência da nomeação de magistrado que haja participado de julgamento não implica a nulidade deste. Milita, a favor da administração pública, a presunção de legitimidade dos respectivos atos, sendo o magistrado considerado como servidor público de fato.”

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

Na realidade, a jurisprudência desta Corte Suprema **tem advertido**, no exame da controvérsia **pertinente** ao denominado **servidor de fato**, que, *“Ainda que declarada a inconstitucionalidade da lei que permitiu a investidura de agentes do Executivo nas funções de Oficiais de Justiça, são*

válidos os atos por eles praticados” (RDA 126/216, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO – grifei).

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

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

4. **Conclusão**

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, acompanho**, com a devida vênica, *o brilhante voto proferido* pelo eminente Relator, **por entender necessário preservar-se a autonomia institucional do Ministério Público e salvaguardar-se a essencial independência funcional** de seus membros, **pois** – *cabe sempre enfatizar* – **os integrantes** do Ministério Público, *para serem fiéis ao seu múnus funcional*, **hão de prestar reverência, unicamente, à supremacia da Constituição e à autoridade das leis da República, impedindo-se, desse modo, com o efetivo respeito à vedação inscrita** no art. 128, § 5º, II, “d”, da Carta Política, **que se estabeleça um**

ADPF 388 MC / DF

indesejável vínculo de subordinação ao Poder Executivo, como já advertiu este E. Plenário do Supremo Tribunal Federal (**ADI 3.574/SE**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*).

É o meu voto.