



PROCESSO: PROP nº 359/2014-91 e PROP nº 903/2014-02
RELATOR: Conselheiro Gustavo Rocha
PROPONENTES: Conselheiro Walter de Agra Júnior
Conselheiro Antônio Duarte
Conselheiro Fábio George Cruz da Nóbrega

VOTO DIVERGENTE

1. Conforme se extrai da leitura do voto do relator, ambas as proposições visam ao aperfeiçoamento da regulamentação trazida pela Resolução CNMP nº 73/2011, que *“dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos Estados”*.
2. No tocante à **Proposição nº 903/2014-02**, de autoria do Conselheiro Fábio George, não há o que reparar, haja vista que a pretendida alteração da redação do art. 2º guarda o condão de impedir interpretações que não estariam em consonância com a finalidade da norma em comento.
3. Nesse sentido, **acompanho** o **relator** para julgar **procedente** a referida proposta de alteração do art. 2º, *caput* e §1º, da Resolução CNMP nº 73/2011.
4. Já no tocante à **Proposição nº 359/2014-91**, de autoria do Conselheiro Walter Agra, entendo pertinente e necessário compartilhar com este Colegiado algumas questões com que venho lidando no exercício do magistério superior há quase 20 anos, cinco deles dedicados inclusive às atividades de gestão acadêmica, a fim de que a decisão final proferida por este Conselho Nacional tenha sua fundamentação extraída do efetivo esgotamento da matéria.



5. De início cabe delimitar, de maneira objetiva, as premissas estabelecidas pelo relator para sustentar sua conclusão, premissas essas que podem ser extraídas das seguintes afirmações constantes do voto de Sua Excelência:

5.1. a) a importância da *"...contribuição dos membros do Parquet que, concentrando conhecimentos técnico e prático, compartilham experiências e importantes teses jurídicas com alunos das instituições de ensino superior"*;

5.2. b) a contribuição do ambiente acadêmico *"...para o constante aperfeiçoamento dos Membros do Ministério Público"*, mormente diante da *"...necessidade de planejamento frequente para atualização das aulas, a riqueza dos debates obtidos em sala de aula, a elaboração de artigos científicos e o desenvolvimento de pesquisas"*;

5.3. c) *"...o desafio de estabelecer critérios objetivos e conformes às regras constitucionais para a cumulação da atividade de magistério pelos membros do Ministério Público"*;

5.4. d) a limitação de 20 (vinte) horas-aula semanais *"...não restringe direito previsto em norma constitucional de eficácia plena"*;

5.5. e) o objetivo da norma constitucional *"...é o de proteger o livre exercício da magistratura – e, acrescento, das funções ministeriais – estabelecida a proibição de cumulação de outras funções, públicas ou privadas, com a atividade jurisdicional – aplicável também ao Ministério Público"*;

5.6. f) *"...O limite de 20 (vinte) horas-aula, portanto, vai ao encontro do objetivo da norma constitucional"*;

5.7. g) *"Embora exista norma autorizativa, a atividade do magistério por membros do Ministério Público não pode ocorrer em prejuízo à atividade ministerial, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que deverá haver compatibilidade entre elas"*;



5.8. h) *"...o fato de o Conselho Nacional do Ministério Público adotar posicionamento diverso do Conselho Nacional de Justiça não viola a paridade entre as carreiras. Caso contrário, seríamos levados a crer que o órgão de controle do Ministério Público estaria sempre e necessariamente sujeito às deliberações do correspondente órgão de controle do Poder Judiciário, retirando do CNMP a possibilidade de adotar entendimentos distintos e mais adequados à realidade ministerial";*

5.9. i) *"...a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 3.126 MC/DF não proíbe o estabelecimento de limite ao exercício da atividade docente tal como ocorre no artigo 1º da Resolução CNMP nº 73/2011";*

5.10. j) *"A limitação quantitativa por este Conselho Nacional aos membros do Ministério Público não inviabiliza o exercício da docência por estes...";*

6. Conforme é do conhecimento geral dos operadores do direito, a atividade hermenêutica se desenvolve a partir do desenvolvimento de raciocínio lógico-dedutivo. Nesse contexto, a validade da conclusão a que se chega diante de uma situação concreta depende diretamente do confronto adequado entre as premissas estabelecidas, o que significa dizer que, caso qualquer das premissas seja interpretada de maneira inadequada, esta atingirá diretamente a validade da conclusão a que se chegou.

7. E é justamente na fixação das premissas necessárias para raciocinar a presente situação que verifico a necessidade de levantar alguns dados e algumas variáveis que passaram despercebidas, não obstante sejam de total importância para a solução do problema.

8. Nesse contexto, verifico que as premissas de letras "a", "b", "c", "e", "g", "h" e "i" não estão a merecer qualquer questionamento.

9. Contudo, as premissas de letras "d", "f" e "j" parecem merecer exame mais detalhado e confronto com algumas peculiaridades da carreira e das atividades do magistério que até aqui não foram consideradas, a fim de que o conhecimento mais



abrangente acerca da matéria possibilite a este Conselho alcançar a interpretação mais acertada para o caso em exame. Daí porque, passo a enfrentá-las individualmente.

Premissa 1 – a limitação de 20 (vinte) horas-aula semanais “...não restringe direito previsto em norma constitucional de eficácia plena”

10. A premissa em questão traz, em si mesma, uma contradição de natureza aporética, haja vista sua afirmação de que uma limitação expressa ao exercício de um direito não restringe o exercício do referido direito.

11. Com efeito, o dispositivo constitucional pertinente, com exceção da expressão “uma” – **que já foi afastada enquanto limitador pelo STF no julgamento da ADI 3.126-1/DF MC** – não impôs qualquer limitação objetiva no tocante ao exercício cumulativo das funções de membro do Ministério Público com o exercício das atividades de magistério.

12. E em que pese a afirmação do relator quanto a esse ponto específico, no sentido de que o referido julgado “...*não proíbe o estabelecimento de limite ao exercício da atividade docente tal como ocorre no artigo 1º da Resolução CNMP nº 73/2011*”, o certo é que o texto constitucional, assim como a decisão em questão, também não autoriza o estabelecimento de limites, nos levando à regra geral da observância, pela Administração, do princípio da legalidade.

13. Em outras palavras, se a Constituição Federal não estabeleceu limites, não pode a Administração, no exercício de seu poder regulamentar, criar restrições a direito constitucional sem amparo legal.

14. E mais que isso: tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, que independe de regulamentação para a produção de seus integrais efeitos, e tratando-se de verdadeiro direito público subjetivo dos quais são titulares todos os magistrados e membros do Ministério Público, qualquer limitação outra que não aquela estabelecida pelo texto constituição caracteriza-se como clara restrição ao exercício do direito.

15. Desse modo, qualquer iniciativa no sentido de regulamentar o direito em questão não pode abranger atos que limitem objetivamente o exercício do referido



direito, sob pena de o poder regulamentador manifestar-se absolutamente incompetente por criar restrições que o texto constitucional não desejou.

Premissa 2 – “...O limite de 20 (vinte) horas-aula, portanto, vai ao encontro do objetivo da norma constitucional”

16. Pelas mesmas razões levantadas para refutar a validade da Premissa 1, é de se afirmar que o limite de 20 (vinte) horas-aula previsto na Resolução CNMP nº 73/2011 não vai “ao encontro”, mas, sim, “de encontro” ao objetivo da norma constitucional; este que, certamente, não pretendeu estabelecer critérios objetivos ao exercício do direito concedido.

Premissa 3 – “A limitação quantitativa por este Conselho Nacional aos membros do Ministério Público não inviabiliza o exercício da docência por estes...”

17. De todas as premissas invocadas para sustentar a conclusão proposta no voto do eminente relator, esta talvez seja a merecedora de maior atenção, pois o seu enfoque na atividade da “docência” bem demonstra o equívoco a que podemos chegar por desconsiderar as limitações do termo em questão, quando em contraste com o termo empregado pelo constituinte, vale dizer, “magistério”.

18. Isso porque, enquanto o termo “docente” se refere à idéia do professor de sala de aula, aquele que pratica o *docere*, ou seja, a atividade de ensino, o termo magistério se refere à profissão exercida pelo profissional da educação.

19. Tomando as orientações trazidas pela Lei de Diretrizes e bases da Educação (Lei nº 9.394/96), temos que a educação superior se apoia no tripé “ensino, pesquisa e extensão”, o que por si só já afasta a idéia de que o permissivo constitucional dirige sua atenção somente para a atividade de ensino.

20. E no tocante à pesquisa e à extensão, bem como às atividades de gestão acadêmica, diversas peculiaridades estão sendo desconsideradas, o que termina, sim, por restringir a amplitude da norma constitucional.



21. O fato é que, desde a edição da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação, as Instituições de Ensino Superior foram obrigadas a contratar profissionais do magistério com titulação acadêmica em nível de pós-graduação *stricto sensu*. Nesse sentido, destaco o artigo 52 da LDB:

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por:

[...]

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

[...]”

22. Apenas para se ter uma melhor idéia de como tal exigência se dá no âmbito do direito, há cerca de 5 anos o Ministério da Educação baixou norma exigindo que os coordenadores de curso tivessem título de doutor, sendo tal norma revogada no ano seguinte em virtude da constatação da inexistência de profissionais com tal titulação em número suficiente para ocupar todos os cursos de direito do Brasil.

23. Diante da insuficiência de quadros, e da exigência crescente de contratação de mestres e doutores, tornou-se comum a contratação de tais profissionais por mais de uma Instituição de Ensino Superior. Tal modelo de contratação, registre-se, somente se apresenta possível porque a quantidade de horas-aula fixadas nos instrumentos contratuais não guarda relação direta com o tempo de exercício real das atividades do magistério.

24. Assim, não é raro encontrar na plataforma Lattes do CNPQ o registro de profissionais da educação com dois ou três vínculos acadêmicos distintos, porém todos com regime de 40 horas.

25. Até em virtude dos critérios de avaliação fixados pela Cappes é possível afirmar que 100% dos cursos de pós-graduação de mestrado e doutorado preenchem seus quadros por meio da contratação em regime de 40 horas/aula, sendo que tais profissionais apenas dão aula em uma turma de graduação e uma de pós-graduação, totalizando uma média de 6 horas/aula semanais.



26. Demais disso, tanto a atividade de pesquisa, quanto a de extensão, pode ser realizada nos finais de semana ou em horários não convencionais, que incluem a madrugada, sendo certo que cada vez mais se proliferam os cursos de especialização (pós-graduação *lato sensu*) ministrados aos sábados.

27. Em suma, não é a carga horária lançada na carteira de trabalho do profissional da educação que estabelece o seu real compromisso profissional com a instituição que o contrata.

28. Daí porque, não vislumbro a possibilidade de concordar, nesse aspecto, com o relator, já que o constituinte foi claro ao consignar como hipótese de exceção à regra da exclusividade a atividade de **magistério**, esta que, por sua vez, não pode ser reduzida à prática tão somente da **docência** e nem ser limitada por ato regulamentador ao limite de carga horária constante da carteira de trabalho, já que este não reproduz a natureza das atividades a serem desempenhadas e nem o grau de envolvimento do contratado.

Conclusão

29. Feitas tais considerações, acredito ter chamado a atenção de meus pares para o verdadeiro cerne da controvérsia, que, certamente, não reside na indicação da limitação objetiva de horas como sendo o núcleo essencial da norma constitucional.

30. Nesse sentido, o próprio voto do relator reconhece que o objetivo da norma constitucional, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, é o de **assegurar a compatibilidade** entre a prática do magistério e o exercício das atividades de magistrado e, por extensão simétrica, de membro do Ministério Público, de modo que não haja prejuízo destas. Sobre o tema, destaca-se do voto do relator da ADI, Ministro Gilmar Mendes o seguinte trecho, *verbis*:

[...]

Plausível é a interpretação da regra de 1988 de que o primeiro e principal objetivos é o impedir o exercício, por parte do magistrado, de outra atividade que não de magistério.



Mas a CF vai mais além.

Ao usar, na ressalva, a expressão “uma de magistério”, tem a CF, por objetivo, impedir que a cumulação autorizada prejudique, em termos de horas destinadas ao magistério, o exercício da magistratura.

Daí a restrição à unidade (“uma de magistério”).

A CF, ao que parece, **não** impõe o exercício de uma **única** atividade de magistério.

O que impõe é o exercício de atividade do magistério **compatível** com a atividade de magistrado.

A fixação ou a imposição de que haja apenas uma “**única**” função de magistério – preconizada na Resolução -, ao que tudo indica, não atende o objetivo constitucional.

A questão está no tempo que o magistrado utiliza para o exercício do magistério vis a vis ao tempo que restaria para as funções judicantes.

Poderá o magistrado ter mais de **uma** atividade de magistério – considerando diferentes períodos letivos, etc – sem ofensa ao texto constitucional.

Impor uma **única** e só função ou cargo de magistério não atende, necessariamente, ao objetivo constitucional

[...]

31. E se o elemento valorativo alcançado pelo Supremo Tribunal Federal foi a **compatibilidade**, é sob o enfoque desta que todo o raciocínio deve ser desenvolvido.

32. Nesse contexto, a simples natureza de ambas as atividades – magistério e atribuições ministeriais – impede a fixação de parâmetro objetivo voltado a estabelecer compatibilidade entre ambas. Isso porque, os membros do Ministério Público não estão sujeitos a jornadas de trabalho pré-definidas em lei, como os demais trabalhadores brasileiros, assim como não estão sujeitos a tais jornadas os profissionais da educação superior contratados sob o regime parcial ou integral (20/40 horas-aula semanais).

33. Apenas para exemplificar, registro que, na Instituição de Ensino Superior a que estou vinculado, sou contratado sob o regime de 40 horas/aula semanais, exercendo atividades do magistério sem gerar qualquer situação de incompatibilidade com o exercício de minhas demais atividades profissionais.

34. Registre-se, por oportuno, que, a exemplo da situação por mim experimentada, diversos membros do Ministério Público mantêm contratação em situações peculiares com Instituições de Ensino Superior particulares, não obstante



conste de sua documentação trabalhista e acadêmica a moldura “40 horas/aula”. Isso se explica até mesmo pelos critérios utilizados pelo MEC para a avaliação dos cursos, critérios esses que abrangem o número de mestres e doutores em regime de contratação parcial ou integral.

35. Verifica-se, portanto, que a sistemática empregada como regra nas Instituições de Ensino Superior particulares diferem em muito daquelas aplicadas às Universidades Federais, sendo prudente que se leve em consideração que a regra é a atuação de magistrados e membros do Ministério Público nas particulares, haja vista que, desde o advento do Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), todos os concursos realizados pelas Federais visam ao preenchimento dos cargos de professores em regime de dedicação exclusiva, o que já afasta naturalmente a compatibilidade exigida pelo texto constitucional.

36. Entendimento diverso, apenas para ilustrar, poderia criar situação em que o membro do Ministério Público estivesse 20 horas-aula em sala de aula e não fosse remunerado pelas atividades que ele certamente necessitaria empreender, a exemplo da elaboração de aulas, correção de provas e lançamento de dados no sistema, atividades essas que somente se sujeitariam a controle correccional diante das situações concretas.

37. Pior que isso, a regra da limitação em 20 horas guarda o potencial de exclusão de todos os membros do Ministério Público brasileiro dos programas de mestrado e doutorado do país, gerando reflexos negativos na produção do conhecimento científico jurídico, que passará a ignorar as peculiaridades da Instituição Ministerial na elaboração da doutrina jurídica brasileira.

38. Por fim, cabe registrar que é possível extrair três conclusões da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.126-1 MC, que devem ser observadas por este Conselho Nacional. São elas:

38.1. a) **a norma constitucional não restringe o número de vínculos** com Instituições de Ensino, tendo o STF interpretado a expressão “uma de magistério” como sendo “apenas a de magistério”;



38.2. b) o objetivo da norma constitucional não é de limitar de maneira objetiva o exercício da atividade de magistério, mas, sim, o de **impedir o seu exercício de maneira incompatível** com os afazeres da magistratura e, por extensão simétrica, do Ministério Público; e

38.3. c) as eventuais situações de incompatibilidade **devem ser analisadas no caso concreto**.

39. Nesse sentido, destaco o item 4 da Ementa do Acórdão lavrado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do referido julgamento, *verbis*:

[...]

4. Considerou-se, no caso, que o **objetivo** da restrição constitucional é o de impedir o exercício da atividade de magistério que se revele **incompatível** com os afazeres da magistratura. **Necessidade** de se avaliar, **no caso concreto**, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante.

[...]

40. Deve este Conselho Nacional, portanto, adotar posição que não limite ou restrinja o real alcance da norma constitucional, principalmente depois de o Supremo Tribunal Federal ter apontado, em sede de ADI, qual o elemento central da referida norma, a saber, a **compatibilidade** entre as atividades.

41. Somente diante de cada **situação concreta** é que os eventuais desvios de que se apresentem como incompatibilidade podem – e devem – ser apurados, razão pela qual, entendo que a posição mais acertada é aquela já abraçada pelo Conselho Nacional de Justiça e aqui proposta pelo eminente Conselheiro Antônio Duarte, no sentido da não limitação por critério objetivo de fixação de carga horária máxima.

42. Em face do exposto, voto no sentido de:

42.1. a) **acompanhar** o relator no tocante à Proposição nº 903/2014-02, de autoria do Conselheiro Fábio George, acolhendo a proposta de **alteração** do **art. 2º**, *caput* e §1º, da Resolução CN MP nº 73/2011; e



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

42.2. b) **divergir** do relator no tocante à Proposição nº 359/2014-91, acolhendo na íntegra a **emenda substitutiva** apresentada pelo Conselheiro Antônio Duarte, para **alterar** o **art. 1º** da Resolução CNMP nº 73/2011, **excluindo** de seu conteúdo a expressão “*por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais*”.

É como voto.

Brasília, 25 de agosto de 2015.

Conselheiro **Gustavo Rocha**

Relator