Senecio - Paul Klee

Série Especial

Revista do CNMP

Principais Decisões de 2005 a 2011

v. 2, nº 3, ano 2012

REVISTA DO CNMP

CONSELHEIROS
ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS (Presidente)
JEFERSON LUIZ PEREIRA COELHO (Corregedor Nacional)
MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES
TAÍS SCHILLING FERRAZ
ALMINO AFONSO FERNANDES
ADILSON GURGEL DE CASTRO
MARIO LUIZ BONSAGLIA
CLAUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS
LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR
JARBAS SOARES JÚNIOR
ALESSANDRO TRAMUJAS ASSAD
TITO AMARAL
LÁZARO GUIMARÃES
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA
ALMINO AFONSO FERNANDES (Presidente)
ADILSON GURGEL DE CASTRO
LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR
JARBAS SOARES JÚNIOR

COMISSÃO ORGANIZADORA
GASPAR ANTONIO VIEGAS (Membro Auxiliar)
ALBERTO FLORES CAMARGO (Membro Auxiliar)
ALEXANDRE SÓCRATES DA SILVA MENDES (Membro Auxiliar)
RODRIGO QUINTANA FERNANDES (Secretário)
LUIZ GARIBALDI INTROCASO (Assessor)
JULIANA SIVIERI CICCI FONSECA (Assistente)

SECRETÁRIO-GERAL
JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

REVISTA DO CNMP
Série Especial: Principais Decisões de 2005 a 2011

Volume 2 – número 3 – ano 2012
Brasília, DF

Conselho Nacional do Ministério Público

Edifício Sede: SAFS (Setor de Administração Federal Sul) - Quadra 2 - Lote 3 - Brasília-DF.

CEP: 70.070-600

© *Copyright*: CNMP, 2012. Direitos reservados aos autores.

Projeto Gráfico e Diagramação: Visão Pesquisa de Opinião e Mercado.
Finalização: Visão Pesquisa de Opinião e Mercado.
Revisão: Instituto Aperfeiçoar
Capa: Ana Karine Bittencourt
Publicação semestral
Impressão:
Gráfica e Editora Movimento
Setor Hoteleiro Sul, Quadra 01, Loja 42 - Galeria do Hotel Nacional - Asa Sul
Tel.: 61 3248-2771

Tiragem: 16 mil exemplares

Dados Internacionais de
Catalogação na Publicação
(CDIJ – MPF)

Revista do CNMP: Série Especial - Principais Decisões de 2005 a 2011 - v.2, n.3, 2012 – Brasília-DF: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012.

Publicação Semestral

ISSN: 2236-22363

1. Principais Decisões. 2. Série especial: principais decisões de 2005 a 2011.

I.Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.

Apresentação

Prestes a completar sete anos de existência no próximo dia 21 de junho, o Conselho Nacional do Ministério Público apresenta à sociedade em geral e à comunidade jurídica, em particular, este terceiro número de sua Revista, reunindo os principais julgados no período.

O registro é importante, por colocar à disposição do público o resultado do trabalho de quatro composições que se empenharam na tarefa inédita de exercer o controle externo do Ministério Público, instituído pela Emenda Constitucional 45, de 2004.

A seleção das decisões dos conselheiros, feita por eles mesmos, a convite da Comissão de Jurisprudência do CNMP, demonstra o acerto da visão dos legisladores ao introduzir uma instância nova que, de fato, vem contribuindo para o aperfeiçoamento do Ministério Público no seu mister de defesa do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Estou certo de que esta edição especial da Revista do CNMP dará importante contribuição ao debate em torno da atividade do Ministério Público. Convido todos a acompanharem o repositório das decisões do Conselho, desenvolvido sob a supervisão da Comissão de Jurisprudência e disponível no sítio da Internet www.cnmp.gov.br.

Roberto Monteiro Gurgel Santos
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Tendo recebido do Plenário a honrosa missão de presidir a Comissão de Jurisprudência do Conselho Nacional do Ministério Público, iniciamos estudos para dar sequência ao trabalho de elaboração e publicação da Revista de Jurisprudência, nos termos preconizados pela Resolução nº41/2009, canal de comunicação institucional que, no ano de 2011, teve duas publicações, ambas de notória excelência técnica e científica.

Após estudos e colheita da impressão de diversos colaboradores, percebemos que, passados mais de seis anos da criação e instalação do CNMP, ainda não havia uma publicação que, de alguma forma, trouxesse uma coletânea das decisões até agora produzidas, ou seja, que demonstrasse ao público externo a atuação prática da instituição, tal como efetivamente ocorreu.

Imaginamos, então, que havia espaço para fazê-lo, buscando quase que um resgate histórico, mesmo que recente, daquilo que, no seu próprio tempo e circunstâncias, os conselheiros de diversos mandatos conseguiram produzir, formatando aos poucos a instituição tal como hoje a conhecemos.

Nessa linha, buscando democratizar o processo de seleção, oficiamos a todos os ex-conselheiros e aos com mandato recentemente renovado naquela época, solicitando que indicassem os processos em que atuaram e que entendiam terem resultado em decisões mais importantes, de modo a comporem a publicação. Recebemos excelente retorno, com indicações de mais de sessenta acórdãos, alguns datados bem do início dos trabalhos do órgão (2005) e outros de diversos períodos, inclusive do ano de 2011.

Considerando-se o elevado número de indicações, além do fato de que alguns julgados são muito extensos, o que poderia resultar em publicação em mais de um volume, foi instituída comissão organizadora, sob a coordenação dos subscritores, para melhor sistematização dos trabalhos. Tal comissão, por sua vez, guiada pelo interesse em fazer constar na publicação os grandes temas decididos pelo CNMP nos últimos anos, indicou também seis acórdãos. Foi deliberado ainda que as decisões fossem publicadas na ordem cronológica do respectivo trânsito em julgado, salvo aquelas que possuíssem identidade de tema, que seriam publicadas junto às mais antigas. Restou definido, ainda, que não seriam publicadas decisões relativas a processos disciplinares, de modo a preservar a intimidade dos envolvidos.

Na sequência, consolidados os dados, inclusive com sugestão de formatação e sumário, o projeto da revista foi submetido aos demais conselheiros da Comissão de Jurisprudência, em reunião especialmente convocada para tal fim. Tomando conhecimento dos trabalhos, deliberaram os nobres pares unanimemente pela

concordância com o que foi produzido, apresentando ainda duas sugestões de aprimoramento, ambas acolhidas (indicação de mais um acórdão para publicação e notas esclarecedoras sobre eventuais questionamentos das decisões junto ao STF).

Temos, pois, um conjunto de decisões que revelam um pouco da trajetória e da evolução do Conselho Nacional do Ministério Público nestes primeiros anos de existência, evidentemente sem a pretensão de esgotar ou minimizar a importância de tantos outros julgamentos que ocorreram. A intenção, que esperamos seja entendida, é mostrar ao público externo um pouco daquilo que até aqui foi produzido pela Instituição, no tempo e forma em que foi feito, talvez até mesmo contribuindo para desmistificar a visão errônea que alguns têm de se tratar de órgão propenso a discussões teóricas e distantes da realidade. Ressaltamos, por necessário, que há entre os julgados decisões que, com o decorrer do tempo, sofreram modificações e aperfeiçoamentos, o que buscamos demonstrar nas notas de rodapé.

A ideia, reafirmamos, é mostrar que as decisões existem (ou existiram, em sua forma original), indicando como se desenvolveu e se desenvolve o processo de afirmação de órgão colegiado que tem, entre outras características, a pluralidade de origem e a constante alternância de seus membros, com mudanças de composição a cada dois anos.

Assim, com base em tais premissas, o leitor poderá conferir como foram tomadas algumas decisões sobre temas como nepotismo, exercício do magistério, afastamentos para exercício de outros cargos, promoções por merecimento, teto salarial, advocacia por membros, atividade-fim, atuação na área cível, fiscalização de concursos, entre tantos outros não menos importantes.

Agradecemos, de forma muito especial, aos demais componentes da comissão organizadora, Promotores de Justiça e Membros Auxiliares deste CNMP Alberto Flores Camargo e Alexandre Sócrates da Silva Mendes, secretariados por Rodrigo Quintana Fernandes, além dos servidores da Comissão de Jurisprudência, Luiz Garibaldi Introcaso e Juliana Sivieri, dedicados colaboradores sem os quais esta iniciativa não teria chegado a bom termo.

Agradecemos, finalmente, aos nobres membros da Comissão de Jurisprudência, pela compreensão, apoio e confiança recebidos, fundamentais para a realização do objetivo proposto.

Almino Afonso Fernandes
Conselheiro e Presidente da Comissão de Jurisprudência
Gaspar Antonio Viegas
Promotor de Justiça do MPDFT / Membro Auxiliar

Sumário

Apresentação
Roberto Monteiro Gurgel Santos 5

Introdução
Almino Afonso Fernandes 7

Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Incompetência do CNMP
Processo 04/2005-19 11

Nepotismo. Vedação
Processo 27/2005-15 29

Promoções e Remoções por merecimento e antiguidade. Critérios
Processos 37/2005-51[1], 2156/2010-13 43

Exercício de magistério por membro do MP. Limitações
Processos 32/2005-28[2], 2346/2010-22[3] 49

Independência Funcional. Atividade-fim. Incompetência do CNMP
Processo 90/2005-51 71

Afastamento do cargo para o exercício de outras funções públicas
Processos 06/2005-08[4], 295/2011-85[5] 81

Exercício da advocacia. Membros do MP admitidos antes da CF 1988
Processo 71/2005-25[6] 127

Controle Administrativo e Financeiro. Desconstituição de atos administrativos
Processo 28/2006-41 139

Controle Administrativo. Concurso Público
Processos 628/2006-17, 442/2008-11 , 152/2010-92 167

Controle Administrativo e Financeiro. Teto remuneratório constitucional. Caráter nacional e unitário do MP Brasileiro
Processo 21/2006-29 215

1-Precedente da Resolução CNMP nº2, de 21 de novembro de 2005.
2-Precedente da Resolução CNMP nº3, de 16 de dezembro de 2005.
3-Precedente da Resolução CNMP nº73, de 15 de junho de 2011, que revogou a Resolução CNMP nº3 de 2005.
4-Precedente da Resolução CNMP nº5, de 20 de março de 2006.
5-Precedente da Resolução CNMP nº72, de 15 de junho de 2011, que revogou parcialmente a Resolução CNMP nº5 de 2006.
6-Precedente da Resolução CNMP nº8, de 8 de maio de 2006, alterada pela Resolução CNMP nº16 de 2007.

Controle Administrativo e Financeiro.
Conversão de licença-prêmio e férias em pecúnia. Possibilidade
Processo 652/2006-48 **241**

Afastamento de membro do MP para a realização de estudos.
Critérios
Processo 21/2009-71 **255**

Atuação do MP como órgão interveniente no processo civil
Processo 935/2007-41[7] **261**

Controle Administrativo de Questão Judicializada. Impossibilidade
Processo 555/2010-31 **309**

Procedimento Administrativo. Princípio da Publicidade.
Sigilo. Exceção
Processo 1493/2009-41 **327**

Controle Administrativo e Financeiro. Auxílio-moradia.
Natureza indenizatória
Processos 1390/2009-81, 71/2011-73 **331**

Portal da Transparência
Processo 408/2010-618 **341**

Preservação da competência e autoridade das decisões do CNMP.
Revisão geral anual de remuneração
Processo 1904/2010-32 **349**

Verba remuneratória. Previsão legal. Controle de
constitucionalidade. Incompetência do CNMP. STF. Precedentes
Processo 1621/2010-91 **353**

Intervenção do MP. Processo judicial.
Trabalho de crianças e adolescentes
Processo 1768/2010-81[9] **361**

Atuação do MP no segundo grau[10]
Processo 915/2007-08[11] **373**

7-Precedente da Recomendação CNMP nº16, de 28 de abril de 2010.
8-Precedente da Resolução CNMP nº66, de 23 de fevereiro de 2011, que revogou a Resolução nº38 de 2009.
9-Precedente da Resolução CNMP nº69, de 18 de maio de 2011.
10-Decisão apresentada de modo resumido para efeitos de publicação.
11-Precedente da Recomendação CNMP nº19, de 18 de maio de 2011.

Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.
Incompetência do CNMP

PROCESSO Nº 0.00.000.000004/2005-19
RELATORA: CONSELHEIRA JANICE ASCARI
INTERESSADA: LUCIANA RIBEIRO CAIVIPOS
OBJETO: Intervenção do CNMP, no sentido de que sejam nomeados os aprovados no Concurso Público para provimento de cargos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

EMENTA

Pedido de providências sobre a demora na nomeação de candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

Questão de Ordem suscitada pela Relatora, para definir se a natureza do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. Inteligência dos arts. 127 a 130-A da Constituição Federal.

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas constitui carreira pública instituída pelas respectivas leis orgânicas dos Tribunais de Contas da União e dos Estados. Não integra o Ministério Público da União, nem dos Estados, não sendo instituição autônoma e não possuindo as mesmas prerrogativas constitucionais, tendo suas atribuições restritas aos Tribunais de Contas.

Aplicação do art. 130 da Constituição Federal apenas quanto aos direitos (inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade), vedações (recebimento de honorários ou porcentagens a qualquer título, bem como de auxílios ou contribuições, participação em sociedade, exercícios da advocacia, de outra função pública e de atividade político-partidária) e forma de investidura (concurso público de provas e títulos).

Incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público para assuntos relativos aos Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas, dos Estados ou da União, por não integrarem estes a organização prevista no art. 128 da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Ademais, os atos de gestão administrativa e financeira, dada a ausência de autonomia do Ministério Público especial, são de atribuição do próprio Tribunal de Contas, escapando, portanto, à competência do CNMP.

Pedido não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, na conformidade do voto da Relatora, por unanimidade, não conhecer do pedido. Votou com a Senhora Relatora o Conselheiro Saint'Clair do Nascimento Junior, acompanhando-a pela conclusão, sob outro fundamento.

Brasília, 04 de setembro de 2005 (data do julgamento).

JANICE AGOSTINHO BARRETO ASCARI
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada por LUCIANA RIBEIRO CANMPOS, Procuradora do Estado de Alagoas, visando consulta sobre a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para fiscalizar o Ministério Público oficiante junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

Aduz a Representante que a carreira do Ministério público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte é composta por Sete cargos. Em 2003, realizou-se concurso público para provimento de seis cargos. Em 2004, mais um cargo ficou vago. Aponta estranheza pelo fato de a nomeação não ser de competência do Procurador-Geral, mas do Presidente do TC.

Informa a Representante ter sido aprovada no referido concurso e que, em 2003, foram nomeados apenas três candidatos. Nesse mesmo ano de 2003, as relações entre a Presidência do Tribunal de Contas e o Ministério Público teriam ficado estremecidas, em virtude da atuação regular e imediata do órgão ministerial perante aquela Corte, o que teria inviabilizado qualquer nomeação, a despeito dos pedidos feitos pelo Procurador-Geral.

Nova nomeação ocorreu só dois anos depois, já no prazo de prorrogação do concurso, quando da assunção de novo Presidente do Tribunal de Contas. Dois candidatos foram nomeados nessa ocasião. Um deles pediu a exoneração depois de vinte dias e não houve convocação de outro candidato para preenchimento da vaga, pois a relação institucional entre Ministério Público e Tribunal de Contas estava, novamente, estremecida, pelo fato de o Procurador-Geral ter representado ao Procurador-Geral

da República para que analisasse a possibilidade de ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de Resolução do TC. O Chefe do Ministério Público, acolhendo a representação, ajuizou a ADI 3484.

Acresce, ainda, que não haveria impedimento orçamentário para que as nomeações sejam implementadas, transpondo ao texto trecho do Relatório de Gestão Fiscal que tem como período de referência o 1° quadrimestre de 2005, publicado no Diário Oficial.

Por fim, a Representante noticia ter tentado, por inúmeras ocasiões, agendar audiência com o Presidente daquele Tribunal de Contas, tendo recebido um "não" quanto ao pedido de nomeação.

É o relatório.

VOTO

QUESTÃO DE ORDEM: SOBRE A COMPETÊNCIA DO CNMP QUANTO AOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Submeto ao Plenário a presente Questão de Ordem, para definir se o Conselho Nacional do Ministério Público tem competência para agir quanto aos membros dos Ministérios Públicos junto ao Tribunal de Contas.

O Ministério Público, conforme regra do art. 127 da Constituição Federal, e instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. São seus princípios institucionais (CF, art. 127, § 1°): a) unidade; b) indivisibilidade; c) independência funcional.

Ao Ministério Público, ainda, é assegurada autonomia funcional e administrativa (CF, art. 127, § 2°).

A organização do Ministério Público está posta na Constituição Federal, em seu art. 128:

> *"Art. 128. O Ministério Público abrange:*
>
> *I - O Ministério Público da União, que compreende:*
>
> *a) o Ministério Público Federal;*
>
> *b) o Ministério Público do Trabalho;*
>
> *c) o Ministério Público Militar;*
>
> *d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;*

II - os Ministérios Públicos dos Estados."

O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas não está abrangido pela norma orgânica constitucional e, apesar da nomenclatura, e carreira pública instituída pelas respectivas leis orgânicas dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

A propósito, os Tribunais de Contas, em que pese a nomenclatura, não são órgãos do Poder Judiciário, pois ausentes da organização tratada no art. 92 da CF.

Com atuação restrita aos Tribunais de Contas e tão somente com as atribuições daí decorrentes, o Ministério Público junto a esses colegiados não integra o Ministério Público da União nem dos Estados, não sendo instituição autônoma e não possuindo as mesmas prerrogativas constitucionais.

Embora o art. 130 da Constituição Federal determine que "*aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições esta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura*", deve-se aplicar a norma na sua exata medida, vale dizer, apenas quanto aos direitos (inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade), as vedações (recebimento de honorários ou porcentagens a qualquer título, bem como de auxílios ou contribuições, participação em sociedade, exercícios da advocacia, de outra função pública e de atividade político-partidária) e a forma de investidura (concurso público de provas e títulos).

A natureza do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas e a impossibilidade de sua atuação judicial foram temas tratados, recentemente, *Habeas Corpus* nº 2004.01.00.033519-7/DF, impetrado pelo Banco do Brasil S/A perante o Colendo Tribunal Regional Federal da 1ª Região contra ato do Excelentíssimo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, que postulara judicialmente a quebra do sigilo bancário de Cássio Casseb Lima e Paulo Cesar Ximenes Alves Ferreira, que exerceram a presidência daquela instituição, para fins de instrução de procedimento administrativo em trâmite perante o TCU.

Dos autos do referido *Habeas Corpus*, extrai-se a precisa análise da Excelentíssima Procuradora Regional da República Raquel Elias Ferreira Dodge, oficiante no feito:

> *"A distinção entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União advém da circunstância de aqueles serem instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, independentes de qualquer outra e autônomas no exercício de seus objetivos e funções e na gerência de sua estrutura e funcionamento. Já o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União constitui carreira pública do Tribunal de Contas da União, com função exclusivamente extrajudicial, que atua perante*

este órgão público no objetivo de contribuir com a atuação deste órgão, ainda que regida por princípios que contribuem para o exercício imparcial e destemido das atribuições dos integrantes desta carreira.

A circunstância de a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União ter determinado que os princípios da unidade, da independência funcional e da indivisibilidade aplicam-se ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (art. 80), não alteram a circunstância de tratar-se de uma carreira e não de uma instituição ou de um órgão. Significa apenas que esta carreira de servidores públicos e distinta das demais carreiras no âmbito do Tribunal e deverá, por ser salutar aos objetivos de suas atribuições, observar modo de atuação e garantias próprios de outra instituição: o Ministério Público.

Só a lei pode criar instituição pública e definir suas funções e instrumentos de atuação. Não auxilia o propósito de equiparação entre estas duas realidades absolutamente distintas — de um lado, a carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União; e de outro, a instituição Ministério Público da União, ou dos Estados –, a norma constitucional que manda aplicar a seus membros as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura dos membros do Ministério Público (CF, art. 130). Tampouco auxilia neste mesmo propósito, a norma da Lei 8443/92 que determina aplicar "subsidiariamente, no que couber, as disposições da lei orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo iniciai da carreira (art. 84)."

Do acórdão prolatado no mencionado Habeas Corpus, de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Federal Carlos Olavo, extrai-se que:

"Vê-se, Claramente visto, que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é carreira distinta do Ministério Público Federal, não integrante de sua estrutura. O Ministério Público Federal é instituição permanente, tem funções previstas na Constituição Federal, no art. 129. Já o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é órgão do Tribunal de Contas da União, como se depreende da Lei Orgânica do TCU Lei n° 8443/92.

E, embora o legislada pátrio tenha conferido ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no art. 130 da CF, a aplicação das disposições referentes a direitos, vedações e forma de investidura concedidas aos membros do Ministério Público Federal, nada mais disse a respeito de suas funções institucionais, que estão previstas na Lei Ordinária acima citada. Aqui, não caberia interpretação extensiva da norma."

Menciona o acórdão, ainda, decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, em voto proferido em Plenário pelo Excelentíssimo Ministro Celso Melo (ADI 789), no sentido de que:

> *"A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao Parquet, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público comum (art. 128, par. 5) a cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger os membros do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas."*

No caso em exame, trata-se do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, previsto na Constituição Estadual, arts. 52 e seguintes e que tem como sua Lei Orgânica a Lei Complementar estadual nº 121, de 01.02.94, publicada no DOE de 20.04.94.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte vem previsto nos arts. 29 e seguintes, da mesma Lei Orgânica:

> *CAPÍTULO V*
> *Do Ministério Público*
>
> *Art. 29. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, é estruturado em lei complementar, de acordo com os princípios de unidade, indivisibilidade e independência funcional e os direitos, vedações e forma de investidura relativos ao Ministério Público, nos termos da Constituição Federal.*
> *Art. 30. O Ministério Público junto ao Tribunal atua como guarda da lei e fiscal de sua execução, com funções opinativas e de defesa da ordem jurídica, visando a observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade a que se submete a administração pública.*
> *Art. 31. O Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ou seu substituto autorizado, participa das respectivas sessões, sem direito a voto, e intervém, obrigatoriamente, nas processos de prestação ou tomada de Contas, admissão de pessoal,*

concessão de aposentadoria, reforma, transferência para a reserva remunerada e pensões, denúncias v e outros indicados no Regimento Interno, podendo, verbalmente ou por escrito, requerer e opinar em todas as matérias sujeitas a decisão da corte.

Art. 32. Os Órgãos da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios, bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos, são obrigados a atender as requisitações do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem, para o mesmo fim, seus livros e registros.

Art. 32. Os Órgãos da administração direta e indireta do Estado e dos Municípios, bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos, são obrigados a atender as requisitações do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem, para o mesmo fim, seus livros e registros.

Em 2000, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte foi incorporado à estrutura do próprio TCE, pela Lei Complementar estadual n° 178, de 11 de outubro de 2000, publicada no D.O.E. De 12.10.2000, que segue abaixo transcrita:

LEI COMPLEMENTAR Nº 178, DE 11 DE OUTUBRO DE 2000.

Incorpora à estrutura básica do Tribunal de Contas o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, e da outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE FAÇO SABER que o Poder Legislativo decreta e eu sanciono a presente Lei Complementar:

Art. 1º. Fica integrado à estrutura básica do Tribunal de Contas do Estado o Ministério Público que junto a ele funciona, nos termos desta Lei Complementar.

CAPÍTULO I
Seção I
Disposições Preliminares

Art. 2º. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é instituição essencial ao exercício de sua função jurisdicional, amando como órgão da lei e fiscal de sua execução, com funções opinativas e de defesa da ordem jurídica, visando à observância dos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a que se submete a Administração Pública.

Parágrafo único. Aplicam-se ao Ministério Público junto ao Tribunal os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional.

Seção II

Da competência do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

Art. 3º. Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no exercício de sua função institucional:

I - promover a defesa da ordem jurídica, a que se restringe a jurisdição do Tribunal de Contas, requerendo perante ele, as medidas de interesse da Justiça, da Administração e da Fazenda Pública;

II - intervir, obrigatoriamente, nos processos de prestação ou tomada de contas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, reforma, transferência para a reserva remunerada e pensões, denúncias, consultas e outros indicados no Regimento Interno, podendo, verbalmente, ou por escrito, requerer e opinar em todas as matérias sujeitas à decisão da Corte, nos termos do art. 31 da Lei Complementar nº 121, de 1º. de fevereiro de 1994;

III - comparecer as sessões do Tribunal, podendo nelas propor e representar, verbalmente ou por escrito, sobre qualquer assunto sujeito a sua competência decisória, e, ainda, participar das discussões nos julgamentos de processos após o relatório e antes do início da votação, ou da sustentação oral das partes, se houver;

IV - provocar, motivadamente, a realização de inspeções, instauração de processos de tomada de contas e tomada de contas especial e de penalização por multa;

V - usar da palavra, depois de iniciada a votação, somente para prestar esclarecimentos adicionais, desde que solicitado, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos ou documentos que possam influir no julgamento;

VI - interpor os recursos autorizados em lei e pronunciar-se sobre aqueles manifestados pelas partes;

VII - acompanhar junto à Procuradoria Geral dos Estados e dos Municípios as providências relativas à execução de dedões do Tribunal de Contas que dependam da iniciativa daqueles organismos;

VIII - manter controle informativo, nos cartórios do fórum judicial, das ações decorrentes de títulos executivos emitidos pelo Tribunal de Contas, promovidas pela Procuradoria Geral do Estado, Procuradorias dos Municípios ou órgãos assemelhados, submetendo ao Tribunal as providências cabíveis, quando for o caso;

IX - zelar pelo cumprimento das decisões e pela observância da jurisprudência do Tribunal;

X - emitir parecer em qualquer processo, no prazo de 20 (vinte) dias, desde que solicitado pelo Presidente, pelo Relator ou pelo Plenário do Tribunal e de suas Câmaras, prorrogáveis por igual período;

XI - sempre que, depois do parecer, tiver havido juntada de documento ou produção de alegação pela parte interessada, terá vista do processo para pronunciar-se sobre os novos elementos.

Parágrafo único. Os órgãos da administração direta ou indireta do Estado e dos Municípios, bem como as demais entidades, de direito público ou privado, que administrem ou apliquem dinheiros públicos, são obrigadas a atender as requisições do Ministério Público junto ao Tribunal necessárias ao desempenho de suas atribuições e a lhe exibirem, para o mesmo fim, seus livros e registros.

Seção III

Dos órgãos da Administração Superior

Art. 4º São órgãos da Administração Superior do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas:

I - a Procuradoria Geral;

II - o Conselho Superior.

Seção IV

Dos órgãos de Execução

Art. 5º São órgãos de Execução do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas:

I - o Procurador Geral;

II - o Conselho Superior;

III - os Procuradores.

CAPÍTULO II

Da Procuradoria Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

Seção I

Disposições Preliminares

Art. 6º A Procuradoria Geral do Ministério Público junto ao Tribunal é chefiada e representada pelo Procurador Geral.

Art. 7º Procurador Geral é nomeado pelo Governador do Estado, dentre os Procuradores, indicados em lista tríplice, após aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros

da Assembléia Legislativa.

§ 1º - A lista tríplice será elaborada mediante eleição por voto secreto de dois terços do Conselho Superior e dos Procuradores, em atividade em um só escrutínio.

§ 2º - O Procurador Geral cumprirá mandato de dois anos, permitida a recondução, por igual período, precedida de nova lista tríplice, com tratamento protocolar, direito e de prerrogativas correspondentes aos do cargo de Procurador Geral de Justiça.

§ 3º - Poderá ser proposta, antes do término do mandato, por decisão de dois terços dos membros do Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal, a exoneração do Procurador Geral que será encaminhada por intermédio do Tribunal de Contas, ao Governador do Estado, cujo ato depende de prévia autorização da maioria da Assembléia Legislativa,

§ 4º - A eleição para formação da lista tríplice dar-se-á sempre com antecedência de 30 (trinta) dias do término do mandato do Procurador Geral, procedendo—seda mesma forma, quando da sua renovação ai de nova eleição, conforme o caso.

Art. 8º As impugnações que, porventura, venham a ser propostas à escolha dos integrantes da lista tríplice ou à aptidão legal para ser votado serão decididas pelo Conselho Superior, pela maioria dos seus membros, de cuja decisão caberá recursos para o Tribunal de Contas na sua composição plena.

Seção II

Da competência do Procurador Geral

Art. 9° Compete ao Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal:

I - exercer os atividade de administração e presidir o Conselho Superior do mesmo órgão;

II - expedir e fazer publicar os atos da administração interna do Ministério Público junto ao Tribunal, resoluções e demais atos aprovados pelo Conselho Superior,

III - proceder a movimentação interna dos servidores, alocados pelo Tribunal de Contas, para executarem as atividades administrativas e técnicas do Ministério Público que junto a ele funciona;

IV - conceder férias e licenças aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal ou qualquer outro tipo de afastamento;

V - deferir direitos ou vantagens aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal, determinando o apostilhamento que se fizer necessário;

VI - formalizar a aplicação de penas disciplinares aos Procuradores, quando propostas pelo Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal;

VII - propor ao Tribunal de Contas a abertura de concurso público para preenchimento de

vaga do cargo de Procuradores guardada, também, igual iniciativa ao próprio Tribunal;

VIII - comparecer, obrigatoriamente, às sessões do Tribunal Pleno, por si ou seu substituto legal;

IX - apresentar ao Tribunal de Contas a cada trimestre e no início de cada exercício, relatório das atividades do Ministério Público junto ao Tribunal, propondo, quando considerar necessárias, medidas de Ordem legislativa ou administrativa que visem a modernização dos seus mecanismos de atuação submetendo, nestes casos, à apreciação do Conselho Superior,

X - exercer outras atribuições inerentes ao cargo de Procurador Geral e aquelas previstas no Regimento Interno;

XI - remeter à Procuradoria Geral do Estado e às Procuradorias dos Municípios ou órgãos de representação judicial os acórdãos e decisões do Tribunal de Contas, com trânsito em julgado, para efeito de execução.

Parágrafo único. Em caso de vacância ou em suas ausências e impedimentos, por motivo de licença, férias, ou outro afastamento legal o Procurador Geral terá como substituto o Procurador mais antigo no cargo, tendo direito o substituto a diferença de remuneração.

CAPÍTULO III

Do Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

Seção I

Da Competência

Art. 10 Ao Conselho Superior do Ministério junto ao Tribunal, composto pelos Procuradores, compete.

I - organizar e votar a composição da lista tríplice de que trata o art. 7º, desta Lei;

II - a lista, uma vez organizada, será enviada, pelo Presidente do Conselho, ao Presidente do Tribunal de Contas que, por sua vez, a submeterá ao Governador do Estado;

III - escolher os membros do Ministério Público junto ao Tribunal que devem compor a Comissão de Concurso Público para o cargo de Procurador;

IV - autorizar 0 afastamento de membro do Ministério Público junto ao Tribunal para frequentar curso de especialização ou estudo, no Pais ou fora dele;

V - elaborar seu Regimento Interno;

VI - propor ao Tribunal de Contas, por 2/3 (dois terços) dos seus integrantes, a disponibilidade de membro do Ministério Público junto ao Tribunal, assegurada ampla defesa;

VII - mandar instaurar processo de sindicância ou administrativo disciplinar contra membro do Ministério Público junto ao Tribunal e determinar a investigação de responsabilidade criminal, quando, em processo administrativo, ficar comprovada a existência de crime de

ação publica;

VIII - deliberar sobre qualquer matéria de interesse do Ministério Público junto ao Tribunal que lhe seja proposta pelo Procurador Geral;

IX - decidir sobre aplicação de penalidade disciplinar aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal, quando proposta pelo Procurador Geral;

X - propor a alteração na estrutura das atividades internas do Ministério Público junto ao Tribunal, quando reclamadas pelo interesse público e modificação na sua organização.

Parágrafo único. As decisões do Conselho Superior serão motivadas e publicadas no seu resumo, no órgão de imprensa oficial do Estado, salvo quando a lei impuser sigilo ou quando houver deliberação da maioria dos seus membros.

CAPÍTULO IV

Da organização básica do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

Art. 11. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas passa a ser composto de sete Procuradores nomeados pelo Presidente do Tribunal, sendo um deles o Procurador Geral nomeado este na forma do art. 7. " desta Lei.

Parágrafo único. 0 ingresso no Quadro de Procurador far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação do Tribunal de Contas e da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio Grande do Norte, em sua realização observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

Art. 12. Caberá ao Procurador Geral, depois de autorização do Tribunal de Contas, organizar e realizar o concurso público, para provimento do cargo de Procurador bem assim homologar o seu resultado.

Art. 13. 0 Edital, que deve ser aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal, estabelecerá os requisitos para a inscrição, as condições para o provimento do cargo, o programa de cada matéria, as modalidades de prova e a pontuação mínima exigida, os títulos suscetíveis de apresentação e os critérios de sua valorização, e, ainda, o dia e a hora de encerramento da inscrição, além de outros elementos vinculados ao concurso.

Art. 14. O concurso será válido pelo prazo de dois anos, a contar da data de homologação, podendo ser prorrogado, por igual período, por deliberação do Procurador Geral ouvido o Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal.

CAPÍTULO V

Da competência dos Procuradores

Art. 15. Incumbe aos Procuradores, dentre outras atribuições:

I - oficiar nos feitos da competência institucional do Ministério Público junto ao Tribunal, ressalvados aqueles privativos do Procurador Geral, nos quais intervirão somente quando, por ele, houver delegação;

II - atuar junto as Câmaras do Tribunal de Contas, Cabendo-lhes exercer, na sua plenitude, as atribuições afetas ao Ministério Público junto ao Tribunal;

III - é obrigatória a presença do Procurador as sessões da Câmara, junto a qual funcionar, e às do Tribunal Pleno, quando, em substituição legal, ao Procurador Geral;

IV - integrar o Conselho Superior do Ministério Público junto ao Tribunal;

V - interpor recursos das decisões ou acórdãos proferidos nos processos em que tenham oficiado;

VI - exercer inspeção sobre os processos vinculados a sua área de atuação;

VII - solicitar dos órgãos competentes do Tribunal por intermédio da Presidência ou do Conselheiro Relator, conforme o caso, informações complementares ou elucidativas que entender convenientes nos processos sujeitos a sua intervenção;

VIII - requerer ao Presidente ou ao Conselheiro Relator qualquer providência que lhes pareça indispensável á instrução do processo;

IX - produzir relatório trimestral e anual de suas atividades, submetendo-o ao Conselho Superior.

CAPÍTULO VI

Das Disposições Gerais

Art. 16. O Ministério Público junto ao Tribunal terá para a execução de suas atividades administrativas, técnicas e de assessoramento pessoal alocado pelo Tribunal de Contas, mediante requisição dirigida a seu Presidente, pelo Procurador Geral, a quem caberá dispor sobre a organização e funcionamento interno dos seus serviços.

Art. 17. O Procurador Geral e os Procuradores receiem o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Tribunal e das Câmara: junto aos quais oficiarem.

Art. 18. Os Procuradores atuarão, por designação do Procurador Geral junto as Câmaras e, no Plenário delas ou, no do Tribunal, obedecida a ordem de substituição, podendo exercer cargo de confiança de assessoramento no Gabinete do Procurador Geral, ou nele prestar assessoramento, desde que haja necessidade do serviço.

Art. 19. Ao Procurador Geral e aos Procuradores aplicam-se, subsidiariamente, as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado pertinentes a vantagens, direitos, garantias, prerrogativas, vedações e regime disciplinar

Art. 20. Os membros do Ministério Público junto ao Tribunal terão direito a sessenta dias de férias, por ano, que serão gozadas de acordo com escala aprovada pelo Procurador Geral.
Parágrafo único. Não podem gozar férias, simultaneamente, mais de dois Procuradores cuja fruição poderá ser interrompida, por necessidade do serviço, ficando a parcela restante para ser gozada em tempo oportuno.

Art. 21. Os servidores para exercício no Ministério Público junto ao Tribunal terão, previamente, os seus nomes propostos ao Presidente do Tribunal pelo Procurador Geral, inclusive nos casos de servidores cedidos.

CAPÍTULO VII
Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 22. Os recursos do orçamento da Procuradoria Geral do Ministério Público junto ao Tribunal do exercício de 2000 e os decorrentes de créditos adicionais a eles abertos, ficam incorporados por seus saldos, ao orçamento do Tribunal de Contas do Estado, mantida a vinculação as dotações respectivas.

Art. 23. Os débitos, processados ou não, e dívidas de exercícios anteriores da Procuradoria Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, existentes à data da vigência desta Lei, passam à responsabilidade do Tribunal de Contas do Estado a quem cabe efetuar o seu processamento e liquidação.

Art. 24. Os cargos de provimento efetivo, comissionados e funções, como os seus respectivos titulares ficam transferidos e incorporados ao quadro de Pessoal do Tribunal de Contas, devendo, quando for o caso, ser procedida a sua redistribuição pelos órgãos internos do Tribunal, quando não ajustáveis à nova estrutura administrativa do Ministério Público ao Tribunal.

Art. 25. Fica o Governador do Estado autorizado a, por Decreto, proceder, por suplementação, a incorporação dos créditos orçamentários vinculados, no orçamento vigente, à Procuradoria Geral do Ministério Público junto ao Tribunal, para o orçamento do Tribunal de Contas do Estado.

Art. 26. Para a primeira eleição do Procurador Geral, o Conselho Superior decidirá sobre a composição da lista tríplice no prazo de vinte dias após a publicação desta Lei, cabendo ao atual Procurador Geral o seu encaminhamento ao Tribunal de Contas, em quarenta e oito horas, permanecendo no cargo até a finalização do processo de nomeação nos termos do art. 7º.

Parágrafo único. Fica igualmente autorizado o Procurador Geral em exercício proceder a transferência e incorporação do acervo do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para 0 Tribunal.

Art. 27. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, especialmente, as Leis Complementares nos 03, de 03 de maio de 1973, e 17 de 05 de julho de 1979.

Palácio de Despachos de Lagoa Nova, em Natal, 11 de outubro de 2000, 112º da República.

GARIBALDI ALVES E FILHO
Francisco Dagmar Fernandes

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2884, da qual foi Relator o Ministro Celso de Mello, estabeleceu a diferença entre o Ministério Público Especial, que atua junto ao Tribunal de Contas, e os Ministérios Públicos da União e Estados. Da ementa extrai-se:

ADI N. 2.884-RJ
RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
.....
O MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL JUNTO AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NÃO SE CONFUNDE COM OS DEMAIS RAMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMUM DA UNIÃO E DOS ESTADOS MEMBROS.
- O Ministério Público especial junto aos Tribunais de Contas – que configura uma indiscutível realidade constitucional — qualifica-se como órgão estatal dotado de identidade e de fisionomia próprias que o tornam inconfundível e inassimilável a instituição do Ministério Público comum da União e dos Estados-membros;
- Não se reveste de legitimidade constitucional a participação do Ministério Público comum perante os Tribunais de Contas dos Estados, pois essa participação e atuação acham-se Constitucionalmente reservadas aos membros integrantes do Ministério Público especial, a que se refere a própria Lei Fundamental da República (ar: 130);

- O preceito consubstanciado no art. 130 da Constituição reflete uma solução de compromisso aditada pelo legislador constituinte brasileiro, que preferiu não outorgar, ao Ministério Público comum, as funções de atuação perante os Tribunais de Contas, optando, ao contrário, por atribuir esse relevante encargo a agentes estatais qualificados, deferindo-lhes um status jurídico especial e ensejando-lhes com o reconhecimento das já mencionadas garantias de ordem subjetiva, a possibilidade de atuação funcional exclusiva e independente perante as Cortes de Contas.

Não resta dúvida, portanto, de que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não integra nem o Ministério Público da União, nem o Ministério Público dos Estados.

Resta saber se o Conselho Nacional do Ministério Público tem competência para assuntos relativos aos Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas, dos Estados ou da União, por não integrarem estes a organização prevista no art. 128 da Constituição Federal.

Tenho para mim que a resposta é negativa.

A competência do Conselho Nacional do Ministério Público está fixada no § 2° do art. 130-A da Constituição Federal, acrescido pela Emenda Constitucional n° 45/2004:

§ 2° Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros cabendo-lhe:

1 - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomenda providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos tribunais de Contas;

III - receba e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - rever, de Ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do

Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano,

V - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua natureza especial, não tem autonomia administrativa nem financeira.

No caso em exame (Estado do Rio Grande do Norte), a Lei Complementar estadual nº 178/2000 estabelece que o Ministério Público ali oficiante é integrado à estrutura básica do Tribunal, tem seu quadro de pessoal alocado dos quadros do próprio TCE, cujos servidores devem ter seus nomes submetidos previamente ao Presidente, mediante proposição, e seus recursos materiais são incorporados ao orçamento do TCE. É órgão, portanto, subordinado administrativa e financeiramente ao próprio Tribunal de Contas que, por sua vez, subordina-se de igual modo ao Governo do Estado.

Destarte, sequer os atos administrativos poderiam ser apreciados ou revistos por este CNMP, dada a ausência de autonomia administrativa e financeira.

Quanto à competência do Conselho quanto aos atos administrativos, bem observam Flávio Dino, Nicolao Dino, Leonardo Barbosa e Hugo Cavalcanti Melo Filho, Excelentíssimo Conselheiro deste CNMP, ao comentar o art. 130-A da Constituição Federal:

"Os atos administrativos sujeitos a reexame são aqueles que guardam relação direta com a atividade-meio, afastando-se toda e qualquer possibilidade de exame dos atos administrativos relacionados à atividade-fim do Ministério Público (v.g., atos praticados na condução de procedimento investigatório ou de inquérito civil público). Estes últimos, embora de natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no inciso II, os quais dizem respeito a gestão administrativa e financeira da instituição. De fato, é impossível interpretar o disposto no inciso II de forma dissociada do inciso I e da própria redação do § 2°, do art. 130-A. A sistematização desses preceitos induz à conclusão de que as incumbências mencionadas no inciso II estão diretamente ligadas a atribuição de controle da atuação administrativa e financeira, não podendo ser exercidas de modo a compreender a autonomia funcional do membro do Parquet." ("Reforma do Judiciário — Comentários à Emenda n° 45/2004", Ed. Impetus, 2005, p. 268)

Os atos de gestão administrativa e financeira, dada a ausência de autonomia do Ministério Público especial, são de atribuição do próprio Tribunal de Contas, escapando, portanto, à competência deste CNMP.

Pela ausência de previsão constitucional, entendo não assistir competência ao Conselho Nacional do Ministério Público quanto aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas da União ou dos Estados. Pelos mesmos motivos, igualmente, entendo não assistir competência ao Conselho Nacional de Justiça quanto aos membros dos Tribunais de Contas da União ou dos Estados.

Posto isso, não conheço do pedido.

Extraiam-se peças e encaminhem-se ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, para as providências que entender cabíveis, quanto aos fatos narrados na representação, no âmbito de suas atribuições.

É como voto.

JANICE AGOSTINHO BARRETO ASCARI
Relatora

NEPOTISMO.
Vedação

PROCESSO Nº 0.00.000.000027/2005-15
RELATOR: CONSELHEIRO HUGO CAVALCANTI MELO FILHO
INTERESSADO: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
OBJETO: Nepotismo

EMENTA

Os princípios constitucionais da isonomia e, especialmente, da moralidade e da impessoalidade impossibilitam o exercício da competência administrativa para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo, assim como impõem a necessária obediência aos preceitos éticos, principalmente aos relacionados à indisponibilidade do interesse público. O nepotismo é conduta nefasta que viola flagrantemente os princípios maiores da Administração Pública e, portanto, é inconstitucional, independentemente da superveniente previsão legal, uma vez que os referidos princípios são autoaplicáveis e não precisam de lei para ter plena eficácia.

RELATÓRIO

Vistos, etc.

Cuida-se de Proposta de Resolução apresentada na sessão do Conselho Nacional do Ministério Público de 8 de agosto de 2005 pelo Conselheiro Hugo Cavalcanti Melo Filho, depois designado relator.

Na sessão de 5 de setembro de 2005, apresentado o voto do Relator, deu-se início à discussão.

Após aprovação, por unanimidade, dos textos dos arts. 1º e 2º da Proposta de Resolução, o Conselheiro Saint'Clair Júnior pediu vista regimental dos autos. Os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, a exceção do Conselheiro Luciano Chagas da Silva, anteciparam o voto, aprovando toda a Proposta de Resolução.

Dando-se continuidade à discussão da matéria, na sessão de 3 de outubro de 2005, o Conselheiro Saint'Clair Júnior proferiu o seu voto, pelo qual, preliminarmente, não conhecia da proposição e, no mérito, indeferia-a.

A preliminar suscitada foi submetida ao Conselho, que manteve a deliberação anterior, vencidos os Conselheiros Saint'Clair Júnior e Luciano Chagas. No mérito, por maioria, foi mantida a decisão anterior, de aprovação da Proposta apresentada, vencidos os Conselheiros Saint'Clair Júnior, Luciano Chagas e Francisco Maurício Albuquerque,

que a indeferiam, este último modificando posição anterior, e, parcialmente, o Conselheiro Paulo Prata, que restringia o parentesco ao segundo grau Civil.

O Conselheiro Luciano Chagas pediu vista dos autos.

O Relator arguiu o seu impedimento.

O Presidente do Conselho concedeu ao Conselheiro Luciano Chagas, que não reconheceu o seu impedimento, o prazo de dez dias para apresentação de defesa.

Foi designado relator da exceção o Conselheiro Paulo Prata.

Na sessão de 7 de novembro de 2005, acompanhando o voto do Conselheiro Paulo Prata, decidiu o Conselho, por maioria, pela improcedência da arguição de impedimento, vencidos os Conselheiros Hugo Melo Filho, Ivana Santos e Janice Ascari.

O Conselheiro Luciano Chagas proferiu seu voto.

É o relatório.

VOTO

A sociedade brasileira não tolera o nepotismo. A despeito disto, é obrigada a assistir ao triste espetáculo de nomeação de parentes de autoridades dos três Poderes da República. Com efeito, o nepotismo permeia toda a administração, impondo a vergonhosa prevalência de mesquinhos interesses pessoais sobre o interesse público. E o Ministério Público, infelizmente, não está imune à odiosa prática.

No âmbito da Justiça da União, desde dezembro de 1996, há lei que expressamente proíbe a nomeação de cônjuges e parentes, até o terceiro grau civil, de juízes, inclusive aposentados. A Lei n.º 9.421, de 24.12.96, que criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, em seu art. 10, veda a nomeação ou designação para cargo em comissão e função comissionada de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau civil, dos membros de Tribunal e juízes a ele vinculados, salvo de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias.

Embora a lei em comento tenha generalizado a salutar limitação, não chegou a ser novidade. No Supremo Tribunal Federal, a prática do nepotismo foi frustrada há mais de quinze anos, por força do art. 357 do seu Regimento Interno. As leis que criaram os Tribunais do Trabalho, a partir da 17ª Região (Espírito Santo, em novembro de 1989), passaram a conter a vedação de nomeação de parentes de juízes. E a Lei

nº 8.471, de outubro de 1992, que alterou a composição e organização interna do TRT da 6ª Região (Pernambuco) trouxe idêntica proibição. Tais regras, a rigor, seriam desnecessárias.

Como sustentou a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, em Ação Direta de Inconstitucionalidade contra ato

normativo do Tribunal Superior do Trabalho, "ocorre que, independentemente da Lei 9.421/96, a Constituição Federal de 1988 já proibia a nomeação de parentes para cargos de confiança, uma vez que nela foram acolhidos expressamente o princípio da isonomia (art. 5º, caput), o princípio da impessoalidade (CF art. 37 caput) e o princípio da moralidade (CF art. 37, caput). Como é lógico deduzir d.v., todos esses princípios impossibilitam o exercício da competência administrativa para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo, assim como impõem a necessária obediência aos preceitos ético, especialmente os relacionados à indisponibilidade do interesse público.

Assim sendo, a Lei 9.421/96 veio tão somente explicitar o que já estava claro na Constituição Federal, uma vez que os preceitos constitucionais invocados são auto-aplicáveis e não dependem de lei para serem concretizados. Daí porque a presente questão não diz respeito ao cumprimento ou não da norma legal e sim ao cumprimento dos preceitos constitucionais invocados, que incidem forçosa e diretamente sobre a hipótese presente. "

Em parecer elaborado em virtude de consulta da ANAMATRA, os advogados Alberto Pavie e Ana Frazão registram o fato de o Supremo Tribunal Federal haver firmado entendimento no mesmo sentido:

É interessante notar que tal assunto já foi apreciado pelo STF ao julgar a ADIMC 1.521-4, cuja ementa é a seguinte (Relator Min. Marco Aurélio, DJ 17.03.2000):

> *"CARGOS DE CONFIANÇA - PARENTESCO - NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - ADI - LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado "nepotismo" tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes, consanguíneos e afins, até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para a cessação das situações existentes. (..)"*

No precedente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade pretendia a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional gaúcha que não apenas proibia, para o futuro, que os cargos em comissão pudessem ser ocupados por parentes, como também extinguia todos os provimentos anteriores que estivessem em desconformidade com o seu texto.

Ao manter ambos os dispositivos, o STF reconheceu plenamente que a proibição do nepotismo decorre diretamente da Constituição Federal e que a emenda constitucional gaúcha tão somente veio a reafirmar essa vedação. Vale salientar os

trechos culminantes do voto do Ministro Relator Marco Aurélio:

> *"A Carta de 1988 homenageia, com tintas fortes, o princípio isonômico. Além da regra geral do artigo 5º, tem-se ainda a específica, reveladora de que os cargos, empregos ou funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei devendo a investidura, excetuada a hipótese de cargo em comissão assim declarado em lei, ser precedida de concurso público de provas e de provas e títulos. A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente á administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura do capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatória observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento á realidade nacional, quantas e quantas vezes eivada de distorções.*
>
> *A apreciação da liminar buscada pela Procuradoria Geral da República, no que se mostrou sensível ao inconformismo daqueles que representaram objetivando o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, não pode resultar no deferimento com a extensão pleiteada, a menos que se olvide o grande sistema em que se consubstancia a Carta vigente, com o afastamento dos princípios explícitos e implícitos nela contidos,* **da extravagância notada no serviço público quando, até mesmo diante de vencimentos achatados, busca-se a via chamada "renda familiar".**
>
> *Senhor Presidente, embora sem querer enveredar os caminhos do moralismo barato, pondero ser necessária uma reflexão mais profunda sobre o sentido ético que lastreia normas deste quilate. As primeiras perguntas a serem feitas dizem com a razão de ser e o momento em que vêm à balha proposições normativas como a examinada. Pois bem, não há mesmo como olvidar as radicais transformações por que passa o Brasil. Colhemos os frutos benfazejos da democracia madura. E esperamos muito tempo por isso. O povo brasileiro já não tateia, mergulhado nas trevas da ignorância e consequente subserviência, em busca da mão ditadora e assistencialista. Procura, sim, firmeza na condução da nau, sem despotismo, porém. O brasileiro de hoje não mais implora pelos seus naturais direitos, exige-os.*
>
> *É esse o contexto no qual exsurgem leis que, em última instância, indo ao encontro do anseio popular pela* **afirmação definitiva da moralidade como princípio norteador das instituições públicas, atuam como diques à contenção da ancestral ambição humana. A um só tempo, mediante normas desse feitio, presta-se homenagem à justiça, na mais basilar acepção do termo, permitindo-se a quem de direito alcançar o patamar pelo qual pagou o preço do esforço, da dedicação e competência**. *Por outro lado, usando da cartilha dos diletantes do Neoliberalismo, tão em voga nas altas esferas dirigentes do País, cabe lembrar que o mérito é a fórmula eficiente para chegar-se à qualidade total desejada aos serviços públicos, ditos essenciais.* **Ora, como**

é possível compatibilizar tais assertivas com a possibilidade de nomeação de parentes próximos para ocupar cargos importantes — e até estratégicos — cargos de direção nas repartições públicas comandadas pelo protetor?

Ressalvo que de modo algum estou a menosprezar a capacidade desse ou daquele indicado. A ênfase é outra: cuida-se aqui de evitar facilidades óbvias, bem ao gosto das medidas profiláticas. Até porque quem merece não precisa de favores: quem faz por onde insiste, faz questão de demonstrar a que veio, num ritual típico de vaidade humana, buscando cargos elevados em entidades públicas onde parente próximo não possui influência maior.

(...)

Com a Emenda Constitucional n° 12 à Carta do Rio Grande do Sul, rendeu-se homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do concurso público obrigatório, em sua acepção maior. Enfim, atuou-se na preservação própria da res pública. *A vedação de contratação de parentes para cargos comissionados — por sinal a abranger, na espécie, apenas os cônjuges, companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção até o segundo grau (pais, filhos e irmãos) — a fim de prestarem serviços justamente onde o integrante familiar despontou e assumiu cargo de grande prestígio, mostra-se como procedimento inibidor da prática de atos da maior repercussão. Cuida-se, portanto, de matéria que se revela merecedora de tratamento jurídico único — art. 39 da Carta de 1988, a abranger os três Poderes, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo, deixando-se de ter a admissão dos servidores públicos conforme a maior ou menor fidelidade do Poder aos princípios básicos decorrentes da Constituição Federal.*

Merece igualmente destaque o voto proferido pelo Eminente Ministro Celso de Mello, que também é muito claro no sentido de que a proibição do nepotismo decorre dos princípios maiores da Constituição Federal:

"Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhes são inerentes, não pode ignorar os princípios essenciais que, derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais hão de ser exercidas com a estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Esses princípios, erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais.

Mais do que isso, tais postulados qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à repulsa que busca fazer prevalecer no âmbito do aparelho de Estado, o sentido real da ideia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético-jurídico.

Em suma: quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida. O nepotismo, além de refletir um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado, desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa."

Parece inevitável a conclusão de que os mencionados princípios constitucionais dispensam a existência de lei dispondo acerca da vedação da nomeação de parentes para cargos da Administração Pública, proibição que decorre logicamente dos mesmos princípios.

Ainda com Pavie e Frazão, "nepotismo é conduta nefasta que viola flagrantemente os princípios maiores da Administração Pública e, portanto, é inconstitucional independentemente da superveniente previsão legal, uma vez que os referidos princípios são autoaplicáveis e não precisam de lei para terem plena eficácia."

Como é lógico deduziu todos esses princípios impossibilitam o exercício da competência administrativa para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo, assim como impõem a necessária obediência aos preceitos éticos, principalmente os relacionados à indisponibilidade do interesse público.

Todas as razões indicadas estão a justificar a medida ora proposta, que abrange, ainda, as hipóteses de nomeações para cargos comissionados no âmbito do Ministério Público como reciprocidade pela nomeação de parentes de seus membros para qualquer órgão da Administração Pública, bem assim a utilização de empresas prestadoras de serviços para a admissão oblíqua das pessoas referidas.

Assim, voto pela aprovação da proposta apresentada, fixando-se o seguinte teor para a Resolução:

"O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição da República e com arrimo no art. 19 do seu Regimento interno, conforme decisão plenária tomada em sessão realizada nesta data;

CONSIDERANDO a existência de parentes de membros do Ministério Público ocupando cargos de provimento em comissão da estrutura de órgãos do Ministério Público da União e dos Estados;

CONSIDERANDO os princípios constitucionais da isonomia e, especialmente, da moralidade e da impessoalidade;

CONSIDERANDO que tais princípios impossibilitam o exercício da competência administrativa para obter proveito pessoal ou qualquer espécie de favoritismo, assim como impõem a necessária obediência aos preceitos éticos, principalmente os relacionados à indisponibilidade do interesse público;

CONSIDERANDO que nepotismo é conduta nefasta que viola flagrantemente os princípios maiores da Administração Pública e, portanto, é inconstitucional, independentemente da superveniente previsão legal, uma vez que os referidos princípios são auto-aplicáveis e não precisam de lei para terem plena eficácia.

RESOLVE

Art. 1º É vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e para as funções comissionadas, no âmbito de qualquer órgão do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros.

Art. 2º A proibição não alcança o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo dos quadros do Ministério Público, caso em que a xi vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao membro determinante da incompatibilidade.

Art. 3º Não serão admitidas nomeações no âmbito dos órgãos do Ministério Público que configurem reciprocidade por nomeações das pessoas indicadas no art. 1º para cargo em comissão de qualquer órgão da Administração Pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 4º Os órgãos do Ministério Público não poderão contratar empresas prestadoras de serviços que tenham como sócios, gerentes ou diretores as pessoas referidas no art. 1º

Parágrafo único. As pessoas referidas no art. 1º que, eventualmente, sejam empregadas das prestadoras de serviços não poderão ser lotadas nos órgãos do Ministério Público.

Art. 5º Os atuais ocupantes de cargos comissionados e funções gratificadas em desacordo com o disposto no artigo 1.º serão exonerados no prazo de 60 dias.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Belo Horizonte, 7 de novembro de 2005."

ACORDAM os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, conhecer da proposição, vendidos os Conselheiros Saint'Clair Júnior e Luciano Chagas, que dela não conheciam, e, no mérito, ainda por maioria, aprovar a Resolução n.º 1/2005, disciplinando o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de membros do Ministério Público, vencidos os Conselheiros Saint'Clair Júnior, Luciano Chagas e Francisco Maurício Albuquerque, que a indeferiam e, parcialmente, o Conselheiro Paulo Prata, que restringia sua aplicação ao 2º grau de parentesco.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2005.

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO
Relator

PROCESSO Nº 0.00.000.000037/2005-51
RELATOR: CONSELHEIRO PAULO SÉRGIO PRATA REZENDE
INTERESSADO: EDUARDO MARTINES JÚNIOR
OBJETO: NECESSIDADE DE ESCRUTÍNIO ABERTO E MOTIVADO NOS ATOS ADMINISTRATIVOS DE PROMOÇÃO OU REMOÇÃO POR MERECIMENTO PRATICADO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO.

ACÓRDÃO

Trata-se de pedido de providências formulado por EDUARDO MARTINES JÚNIOR, Promotor de Justiça Criminal do Estado de São Paulo, visando consulta acerca da necessidade de observância do princípio constitucional da publicidade nos atos de promoção e remoção por merecimento dos membros do Ministério Público dos Estados e do Ministério Público da União, por meio de voto aberto e fundamentado.

Aduz o Solicitante que ao Ministério Público se aplicam, mutatis mutandis, todas as regras previstas para a Magistratura, por imposição do § 4°, do art. 129, da Lex Fundamentalis, inclusive aquelas relativas às promoções e remoções por merecimento.

Verbera, nesse rastro, que a motivação e a publicidade das decisões administrativas dos Tribunais, previstas no art. 93, inciso X, da Constituição da República, devem ser observadas nas decisões administrativas proferidas no âmbito do Ministério Público.

Salienta, outrossim, que, ad instar da norma supracitada, também tem reflexo, no âmbito do Ministério Público, o preceito insculpido no art. 93, inciso II, alínea c, c/c seu inciso VIII-A, da Constituição Federal, o qual prevê requisitos relativos às promoções e remoções: "a aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento".

Continua seu relato citando o art. 65, inciso II, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), o qual determina a prevalência de critérios objetivos, sem, contudo, determinar a publicidade em tais atos administrativos.

Acresce, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça já editou a Resolução n° 6, de 13 de setembro de 2005, cujo texto dispõe sobre a aferição do merecimento para promoção de Magistrados e acesso aos Tribunais Superiores.

Por fim, requer o pronunciamento deste CNMP acerca do tema, expedindo-

se Resolução própria com determinação de providências, objetivando a observância pelos Ministérios Públicos (da União e dos Estados) do voto aberto e fundamentado nas promoções e remoções por merecimento, atendendo-se, destarte, aos critérios estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

É o relatório.

VOTO

Pedido de Providências que manifesta EDUARDO MARTINES JÚNIOR, visando o pronunciamento do Conselho Nacional do Ministério Público acerca da necessidade de escrutínio aberto e fundamentado nos atos administrativos de promoção ou remoção por merecimento praticados no âmbito do Ministério Público dos Estados e da União.

Ab initio, cumpre salientar a compatibilidade de tal requerimento com as atribuições deste Conselho. Nessa esteira, o preceito insculpido no art. 130-A, § 2º, incisos I e II, da Constituição Federal, *in verbis*:

> *"§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Mistério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Mistério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:*
> *I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Mistério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;*
> *II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas".*

Interpretando-se sistematicamente a redação do § 2°, com os incisos I e II, do precitado art. 130-A, chega-se à inegável conclusão que a atuação administrativa dos órgãos do Ministério Público é objeto de controle do Conselho Nacional do Ministério Público, podendo este, inclusive, fixar diretrizes para os procedimentos de promoção e

1 O art. 93, inciso I, alínea c, da CF, modificado pela EC 45/2005, dispõe da seguinte redação: "c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;". O art. 129, §4º, por sua vez, determina: "§ 4º Aplica-se ao Mistério Público, no que couber, o disposto no art. 93".

remoção por merecimento adotado no âmbito administrativo de tais órgãos, ad instar do que já ocorreu no campo Judiciário (Resolução n° 06, de 13 de Setembro de 2005, oriunda do Conselho Nacional de Justiça).

Ultrapassado tal ponto, passa-se à análise da matéria objeto da pretensão do Solicitante.

Os critérios de aferição do merecimento nos atos administrativos de promoção no âmbito do Judiciário e do Ministério Público aduz a Carta Magna, devem ser avaliados objetivamente . A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, por sua vez, no art. 61, inciso II, no mesmo sentido preceitua:

> *"II - apurar-se-á a antiguidade na entrância e o merecimento pela atuação do membro do Mistério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento;"*

Nos dois casos, porém, a legislação silencia quanto à necessidade de voto aberto e fundamentado.

Consoante previsto no art. 127 da Constituição Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis. Trata-se, portanto, de instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesse público, da prevalência da lei e da justiça.

Dessa posição nuclear, na tutela militante da ordem pública, da sociedade e do direito, decorre, de forma ainda mais incisiva, a submissão do Parquet aos princípios constitucionais instituídos como corolário do Estado Democrático de Direito, dentre os quais o da publicidade e da motivação de seus atos.

O art. 37, caput, da Carta Política dispõe acerca dos princípios básicos da Administração Pública, consubstanciando-os em seis mandamentos nucleares: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. O ilustre doutrinador Hely Lopes Meireles, a respeito do tema, ensina:

> *"Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 81/82)*

Importa, aqui, de forma singular, o princípio da publicidade. Pela publicidade, a Administração dá conhecimento de seu comportamento, tornando transparente o seu agir. Segundo Hely Lopes Meirelles, "a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade" (op. cit. p. 87).

Celso Antônio Bandeira de Melo também minudencia o postulado:

> *Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida." (MELLO, Celso Antônio Bandeira, Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, l994, p. 59)*

De fato, o Ministério Público, como instituição defensora dos ditames da lei e da justiça, está umbilicalmente ligado à preservação dos princípios que regem a democracia. Sem dúvida, o princípio da publicidade deve gerir as decisões administrativas no âmbito do Parquet.

A necessidade de voto aberto nas promoções por merecimento nada mais representa que um reflexo da transparência buscada pela Instituição desde os primórdios de sua existência. A forma cristalina de sua atuação deve, portanto, estar presente tanto no desempenho de sua atividade fim, como em sua atividade meio, como órgão administrativo que é.

Seguindo essa linha, o Ministério Público do Estado de Goiás já adotou o escrutínio aberto e fundamentado, nas promoções e remoções de seus membros pelo critério do merecimento, consoante se verifica no art. 34 da Resolução nº 009/02, a qual estatuiu o Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Goiás[22].

Insta salientar, ademais, a necessidade de motivação das decisões administrativas do Ministério Público relativas à promoção e remoção por merecimento de seus membros. Tal afirmação atualmente é de todo pertinente. Com efeito, o art. 93, inciso X, da Constituição Federal (redação da EC 45/2005), aplicável ao Ministério Público por força do art. 129, § 4°, preconiza, *ipsis litteris*:

> *"X - **as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública**, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;"*

2 *"As votações referentes a pedidos de promoção e remoção por merecimento serão realizadas em escrutínio aberto e fundamentado, ao teor dos artigos 61, II, da Lei Federal 8.625/93 e 164 da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público" (art. 34, Resolução 009/2002 do CSMP/GO).*

Não resta mais dúvidas acerca da necessidade de motivação das decisões administrativas proferidas no âmbito do Ministério Público, tanto pela lisura e transparência sempre defendidas interna corporis, quanto pelo preceito entalhado em sede constitucional.

A motivação deve ser explicita, clara e congruente. Poder-se-ia falar, assim, à semelhança do que ocorre com a função endoprocessual da motivação em sede jurisdicional que, na esfera administrativa, a motivação das decisões é garantia que emana do próprio Estado Democrático de Direito, garantia do cidadão de fiscalizar e acompanhar os atos da Administração e de seus Órgãos, principalmente enquanto interessado direto no ato.

Posto isso, opino pela edição de Resolução para regulamentação da matéria, submetendo o voto à apreciação deste egrégio Órgão.

PAULO SÉRGIO PRATO REZENDE

Relator

Promoções e Remoções por merecimento e antiguidade.
Critérios.

PROCESSO Nº 0.00.000.002156/2010-13
RELATOR: CONSELHEIRO ALMINO AFONSO FERNANDES
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA
OBJETO: Concurso de promoção por merecimento.

EMENTA

Procedimento de controle administrativo. Concurso de promoção e remoção por merecimento. Inexistência de candidatos aptos dentro do primeiro quinto da lista de antiguidade. Impossibilidade de participação de todos os promotores integrantes da entrância. Necessidade de recomposição da lista com candidatos oriundos do quinto subsequente. É ilegal a prática de não recompor o quinto da lista de antiguidade quando do julgamento dos concursos de promoção e remoção por merecimento admitindo todos os inscritos pertencentes à entrância, pois significa lançar todos os concorrentes em um campo de batalha, onde o critério reinante são as afinidades pessoais, amizade, camaradagem ou qualquer outro critério, menos aqueles de ordem objetiva. Nos processos de promoção ou remoção por merecimento, não havendo candidatos que possuam, simultaneamente, dois anos de exercício na respectiva entrância e pertencentes a primeira quinta parte da lista de antiguidade, serão aferidos os demais inscritos, respeitadas as sucessivas quintas partes da lista de antiguidade. Portanto, no transcorrer dos concursos de promoção e remoção por merecimento, quando não mais houver concorrentes pertencentes ao primeiro quinto, apenas e tão somente os candidatos oriundos do quinto subsequente poderão ser votados, sob pena de afronta ao art. 93, inciso II, alínea "b", da CRFB e art. 61, inciso IV, da Lei 8.625/93. Pedido julgado procedente para determinar que o requerido, no prazo de 30 (trinta) dias, readeque a resolução nº 06/2.006 do Conselho Superior, para prever a adoção do chamado "quinto sucessivo".

ACÓRDÃO

Visto, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em julgar procedente o presente procedimento de Controle Administrativo, nos termos do voto Relator. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Bruno Dantas e Sérgio Feltrin.

Brasília, 22 de fevereiro de 2011.

ALMINO AFONSO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de **Procedimento de Controle Administrativo** proposto por diversos Promotores de Justiça do Estado da Bahia alegando, em síntese, que aquela unidade ministerial não tem observado, nas promoções e remoções por merecimento, a necessidade de o candidato pertencer à quinta parte da lista de antiguidade, não havendo na primeira quinta parte quem preencha os requisitos e aceite o cargo vago. Ou seja, não se tem observado o chamado "**quinto sucessivo**".

Os requerentes pleiteiam a remodelação da Resolução nº 06/2006 do CSMP/BA, que define critérios objetivos para as promoções e remoções por merecimento dos membros do Ministério Público daquele Estado, mas não contempla a hipótese do quinto sucessivo.

Alegam, para tanto, que o Ministério Público do Estado da Bahia, nos concursos de promoções ou remoções, ao aferir o merecimento de seus membros vem descortinando a ausência da aplicação uniforme dos critérios objetivos encartados na referida resolução, desprestigiando, sobretudo, os candidatos mais antigos, numa sistemática ilógica de apresentação pessoal dos trabalhos e reafirmação de enlaces de amizade.

Informam, ainda, que formularam pedido de remodelação da referida resolução na Instituição, mas, passado quase um ano, o pleito não foi sequer apreciado pelo Egrégio Conselho Superior do MP/BA.

Ao final, pleitearam a suspensão liminar do julgamento de todas as promoções e remoções pelo critério de merecimento para as Promotorias de Justiça de entrância inicial, intermediária e final, e, no mérito, que se determine ao Ministério Público

do Estado da Bahia que efetue o redimensionamento da Resolução nº 06/2006 do Conselho Superior do MP/BA.

Às fls. 145/147 indeferi o pedido de liminar, por não ter visualizado o perigo da demora.

O requerido prestou as informações pertinentes (fls. 151/154), esclarecendo que obedece as disposições legais previstas na Resolução nº 06/2.006 do MP/BA, que foi considerada legal por este Conselho Nacional.

Aduziu, ainda, que o procedimento protocolado pelos requerentes no Conselho Superior do Ministério Público do Estado da Bahia ainda não foi finalizado, pois está sendo objeto de estudos quanto a possível observância do quinto sucessivo.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os presentes autos de Procedimento de Controle Administrativo em que os Requerentes, todos Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, em que pleiteiam a remodelação da Resolução nº 06/2006 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado da Bahia, que define critérios objetivos para as promoções e remoções por merecimento, visando instituir a obrigatoriedade de observância do chamado quinto sucessivo.

Segundo os requerentes *"o Parquet baiano, não recompondo o quinto constitucional quando do julgamento de seus concursos para promoções ou remoções por merecimento, lança todos os concorrentes no mesmo campo de batalhas, garantindo, concessa maxima venia, uma carreira suavizada tão-somente a um seleto grupo de privilegiados, que são alçados a entrâncias superiores, sem que se esclareça a razão de terem superado os mais antigos, já que nem todos são avaliados ante o grande número de concorrentes" - fl. 05.*

Pois bem. A carreira do Ministério Público Estadual é escalonada em entrâncias, as quais devem ser galgadas uma a uma após um processo natural de maturação e preparação dos membros, que ingressam na carreira como Promotores de Justiça Substitutos, podendo chegar até o cargo de Procurador de Justiça.

Todavia, a Constituição da República estabeleceu critérios rígidos para que os membros do Ministério Público possam ascender na carreira através do critério de merecimento. Assim, de acordo com a Magna Carta a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o membro a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais

requisitos quem aceite o lugar vago, conforme dicção do art. 93, inc. II, alínea "b", c/c art. 129, § 4º, todos da CRFB.

Com efeito, não basta que o membro seja detentor de merecimento, pois deve contar com no mínimo dois anos de entrância e pertencer à primeira quinta parte da lista de antiguidade. Ou seja, deflagrado o processo de promoção ou remoção por merecimento, e não havendo candidatos inscritos pertencentes ao primeiro quinto da lista de antiguidade, deverá o Conselho Superior do Ministério Público observar, obrigatoriamente, o quinto sucessivo, apreciando os pedidos daqueles que figurem no segundo quinto e assim sucessivamente.

Esse entendimento restou pacificado no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, como comprova o seguinte aresto:

> "P*ROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO (PCA). CONCURSO DE REMOÇÃO POR MERECIMENTO. AUSÊNCIA DE CANDIDATOS QUE ATENDAM AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 93, II, "B", DA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS MEMBROS DA ENTRÂNCIA. NECESSIDADE DE RECOMPOSIÇÃO DO QUINTO DE ANTIGUIDADE. CANDIDATOS REMANESCENTES DE LISTAS ANTERIORES. PRIORIDADE DE EXAME. PRECEDENTES DO CNMP E DO STF. DECLARAÇÃO DA IRREGULARIDADE COM EFEITOS PARA O FUTURO. RECOMENDAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.*
>
> *1. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim como a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, não detalham o procedimento a ser seguido na hipótese de não haver candidato a promoção ou remoção por merecimento que preencha os dois requisitos a princípio exigíveis para tanto. Nesse caso, a interpretação mais adequada é a que conclui pela necessidade de recomposição do quinto constitucional de antiguidade, conforme precedentes do STF e deste Conselho.*
>
> *2. Os remanescentes de listas anteriores devem ser examinados separadamente dos demais e em primeiro lugar nos concursos de promoção ou remoção por merecimento. Inteligência do art. 61, V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.*
>
> *3. Diante da inexistência de normas claras sobre o tema, os princípios da segurança jurídica e da vedação da aplicação retroativa de nova interpretação recomendam a não anulação de procedimento que se revelou incompatível com as diretrizes tidas, pelo CNMP, como corretas.*
>
> *4. Procedimento de Controle Administrativo julgado parcialmente procedente, recomendando-se ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte a observância, nos próximos concursos de promoção e remoção por merecimento, dos critérios de recomposição da primeira quinta parte e do exame prioritário dos remanescentes. (PCA nº 1343/2010-71, relator Conselheiro Mario Bonsaglia)." Grifou-se.*

Vê-se, portanto, ser imperiosa a necessidade de observar-se o denominado "quinto sucessivo", pois nos casos de promoção ou remoção pelo critério de merecimento, não havendo candidatos que possuam, simultaneamente, dois anos de exercício na respectiva entrância e integrem a primeira quinta parte da lista de antiguidade, serão examinados, os demais candidatos inscritos, respeitadas as sucessivas quintas partes da lista de antiguidade. Esse entendimento também é sufragado pelo CNJ, senão vejamos:

> *"Procedimento de Controle Administrativo. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Pressupostos para remoção. 1) Nos termos do art. 93, inciso VIII, alínea "a", da Constituição Federal, os pressupostos para a remoção são idênticos aos exigidos para a promoção, em especial aqueles previstos no inciso II, alínea "b", do mesmo artigo. 2) A exigência de exercício de dois anos na entrância e de integrar o primeiro quinto da lista de antiguidade, é excepcionada pela Constituição Federal apenas quando não houver candidato que preencha tais requisitos. 3) Não havendo candidato inscrito no primeiro quinto da lista de antiguidade deverão ser observados os quintos sucessivos. 4) Ilegalidade do ato administrativo do Tribunal local que restringiu o alcance da Constituição Federal. 5) Não pode o Tribunal impedir a remoção de Juiz com menos de dois anos de exercício na entrância quando não houver outro candidato inscrito que preencha tal requisito. 6) Insubsistência da Resolução nº 13/2009 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que é declarada inválida por criar restrição absoluta de que o Juiz com menos de dois anos de exercício na entrância se remova. Pedido julgado procedente. (CNJ – PCA 0000857-27.2010.2.00.0000 – Rel. Cons. Felipe Locke Cavalcanti – 102ª Sessão – j. 06.04.10 – DJ - e nº 62/2010 em 08.04.10 p.14/15). Grifou-se.*

> *Procedimento de Controle Administrativo. Promoção de Juiz. Merecimento. Requisitos Constitucionais do art. 93, inciso I, alínea "b", da Constituição. Quintos Sucessivos. Procedência. 1) A Constituição de 1988 estabelece que a promoção horizontal por merecimento, de entrância para entrância, dá-se dentre os magistrados que possuam dois anos de exercício na entrância de origem e que integrem a primeira quinta parte da respectiva lista de antiguidade. 2) Nos casos em que não há juízes habilitados à promoção que integrem a quinta parte mais antiga, deve-se observar a segunda quinta parte e assim sucessivamente, pois a abertura do processo seletivo com a habilitação de todos magistrados interessados na promoção após o exame somente do primeiro requisito previsto na alínea "b" do inciso II do art. 93 da Constituição malfere a vontade constitucional de considerar, mesmo quando se trata de promoção por merecimento, com especial relevância a experiência e o tempo de carreira dos magistrados. 3) Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. 4) Procedência. (CNJ – PCA 200910000044554 – Rel. Cons.*

Walter Nunes da Silva Júnior – 93ª Sessão – j. 27.10.09 – DJU nº 209/2009 em 03.11.09 p. 02)." Grifou-se.

Impende asseverar, por oportuno, que sob pena de afronta ao texto constitucional e a jurisprudência assente desse Conselho, é obrigatória a observância do quinto sucessivo, nas hipóteses de promoções e remoções por merecimento em que não houverem inscritos pertencentes à primeira quinta parte da lista de antiguidade.

De outro norte, é importante ressalvar, tal como fez o Conselheiro Mario Bonsaglia nos autos do PCA nº 1343/2010-71, que "nos concursos de promoção e remoção por merecimento, o Conselho Superior do Ministério Público (qualquer Ministério Público, ao menos no âmbito estadual) tem o dever de examinar, em primeiro lugar, os candidatos remanescentes de listas anteriores, seguindo o procedimento descrito nos precedentes acima colacionados".

Aduz-se, portanto, que no transcorrer dos concursos de promoção e remoção por merecimento, quando não mais houve concorrentes pertencentes ao primeiro quinto, apenas e tão somente os candidatos oriundos do quinto subsequente poderão ser votados, sob pena de afronta ao art. 93, inciso II, alínea "b", da CRFB e art. 61, inciso IV, da lei 8.625/93.

Assim, é totalmente ilegal a prática adotada pelo requerido de não recompor o quinto da lista de antiguidade quando do julgamento de seus concursos de promoção e remoção por merecimento, admitindo todos os inscritos pertencentes à entrância, pois significa, como bem mencionado pelos requerentes, lançar todos os concorrentes em um campo de batalha, onde o critério reinante são as afinidades pessoais, amizade, camaradagem ou qualquer outro critério, menos aqueles de ordem objetiva.

Forte em tais fundamentos, julgo procedente o presente procedimento de controle administrativo, para determinar que o requerido, no prazo de 30 (trinta) dias, readeque a resolução nº 06/2.006 de seu Conselho Superior, fazendo constar em seu texto que "**não havendo na primeira quinta parte quem tenha dois anos de efetivo exercício na respectiva entrância ou aceite o lugar vago, poderão concorrer à vaga os membros que integram a segunda quinta parte da lista de antiguidade e assim sucessivamente**".

É como voto.

Brasília, 04 de fevereiro de 2011.

ALMINO AFONSO

Relator

Exercício de magistério por membro do MP.
Limitações

PROCESSO Nº 0.00.000.000032/2005-28
RELATOR: CONSELHEIRO GASPAR VIEGAS
PROPONENTE: COMISSÃO DISCIPLINAR
OBJETO: Regulamentação do exercício do magistério por membro do Ministério Público

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Regulamentação do Exercício do Magistério por Membro do Ministério Público – Justificativa

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, na Sessão deste colegiado do dia 05 de setembro do corrente, apresentou suas preocupações no sentido de que a norma constitucional referente ao exercício do magistério por membro do Ministério Público (art. 128, § 5°, inciso H, letra d) tem ensejado interpretações controvertidas quanto à natureza pública ou privada do magistério e quanto ao limite quantitativo da acumulação.

Efetivamente, é elementar que o exercício do magistério pelo membro do Ministério Público deve compatibilizar-se com o que rege a Constituição Federal e com o estatuído no art. 237, inciso IV, da Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993, e no art. 44, inciso IV, da Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 .

Conforme relatado pelos Srs. Procuradores-Gerais, tem ocorrido, por parte de alguns membros, notório abuso na prerrogativa de exercer também o magistério, em prejuízo das suas funções institucionais.

Urge, pois, que haja uma regulamentação uniforme do tema, o que, sem dúvida, cabe ao CONSELHO NACIONAL D0 MINISTÉRIO PÚBLICO, usando das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 130-A, § 2°, incisos I, II e III, da Constituição Federal, e pelo seu Regimento Interno.

Veio, então, o tema à Comissão Disciplinar.

Como base do trabalho, entendemos por bem considerar o que foi decidido, em medida cautelar, pelo E. Supremo Tribunal Federal, na ADI-3126-1/DF, proposta

em face da Resolução n° 336, de 16/10/2003, do Conselho da Justiça Federal.

Este o texto da Resolução 336/CJF:

"Art. 1 Ao magistrado da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função, ressalvado(a) um(a) único(a) de magistério, público ou particular.

Art. 2 Somente será permitido o exercício da docência ao magistrado se houver compatibilidade de horário com o do trabalho judicante.

Art. 3° Não se incluem na vedação referida nos artigos anteriores as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento da própria magistratura mantidos pelo Poder Judiciário ou reconhecidos pelo Conselho da Justiça Federal.

Art. 4° Qualquer exercício de docência deverá ser comunicado pelo magistrado ao Corregedor-Geral do respectivo Tribunal Regional Federal, no início da cada período letivo, ocasião em que informará o nome da entidade de ensino e os horários das aulas que ministrará; se a docência for exercida por magistrado de segundo grau a comunicação deverá ser feita ao Presidente do Conselho da Justiça Federal.

Art. 5° Ciente de eventual exercício do magistério em desconformidade com a presente Resolução, o Corregedor-Geral comunica-la-á, com prévio parecer, ao Tribunal para deliberar como de direito.

Art. 6 Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação".

Transcreve-se a ementa da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em medida cautelar, na ADI nº 3126-DF, promovida pela AJUFE - Associação dos Juízes Federais do Brasil, em face da citada resolução:

17/02/2005 TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.126-1

DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REQUERENTE(S): AJUFE — ASSOCIAÇAO DOS JUIZES FEDERAIS DO BRASIL

ADVOGADO(A/S): ELTON CALIXTO E OUTRO(A/S)

REQUERIDO(A/S): PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ementa: Ação Direta de inconstitucionalidade ajuizada contra a Resolução nº 336, de 2.003, do Presidente do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o acúmulo do exercício da magistratura com o exercício do magistério, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. 2. Alegação no sentido de que a matéria em análise já encontra tratamento na

Constituição Federal (art. 95, parágrafo único, I), e caso comportasse regulamentação, esta deveria vir sob a forma de lei complementar, no próprio Estatuto da Magistratura. 3. Suposta incompetência do Conselho da Justiça Federal para editar o referido ato, porquanto fora de suas atribuições definidas no art. 105, parágrafo único, da Carta Magna. 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 valiar, no caso concreto, se a atividade de magistério inviabiliza o ofício judicante. 5. Referendada a liminar, nos termos em que foi concedida pelo Ministro em exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, tão somente para suspender a vigência da expressão "único (a)", constante da redação do art. 1° da Resolução no 336/2003, do Conselho de Justiça Federal.

Nota-se, da simples leitura da ementa, que o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional praticamente a integralidade da resolução, suspendendo apenas a vigência da expressão "único (a)" da redação do art. 1°. No corpo do acórdão, por sua vez, são enfrentados e afastados os questionamentos de inconstitucionalidade de todos os demais pontos do ato regulamentar do Conselho da Justiça Federal.

Desta forma, entendemos que, utilizando os princípios básicos da resolução citada, já considerados constitucionais, em compatibilização com um critério objetivo de tempo em que seria possível o magistério sem prejuízo das atividades ministeriais (vinte horas semanais, o que dá quatro horas por dia), é possível chegar a uma regulamentação que atenda os interesses institucionais e respeite o direito dos membros de se dedicarem também ao magistério.

Apresentamos, assim, a proposta de resolução anexa.

Brasília-DF, 03 de outubro de 2005.

GASPAR ANTONIO VIEGAS
Presidente da Comissão Disciplinar

FRANCISCO ERNANDO UCHOA LIMA
Membro da Comissão Disciplinar

ALBERTO MACHADO CASCAIS MELEIRO
Membro da Comissão Disciplinar

RESOLUÇÃO nº 3, de 16 de dezembro de 2005.

Dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Púbico da União e dos Estados

O **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 130 4 A, § 2°, incisos I, II e III, da Constituição Federal, e pelo seu Regimento Interno,

CONSIDERANDO a vedação constitucional do membro do Ministério Público de acumular o exercício das funções ministeriais com outro cargo ou função, salvo uma de magistério (art. 128, § 5º, inciso II, letra "d");

CONSIDERANDO a manifestação, perante este órgão, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, no sentido de que a norma constitucional vedatória tem ensejado interpretações controvertidas quanto à natureza pública ou privada do magistério e quanto ao limite quantitativo da acumulação;

CONSIDERANDO que o exercício do magistério por membro do Ministério Público deve compatibilizar-se com o estatuído no art. 237, inciso IV, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e no art. 44, inciso IV, da Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 ; e

CONSIDERANDO, afinal, por analogia, o que foi decidido, em medida cautelar, pelo E. Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3126-1/DF, proposta em face da Resolução n° 336, de 16/10/2003, do Conselho da Justiça Federal.

RESOLVE:

Art. l° Ao membro dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o de magistério, público ou particular, por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula.

Parágrafo único. O exercício de cargos ou funções de coordenação será considerado dentro do limite fixado no caput deste artigo.

Art. 2^{0} Somente será permitido o exercício da docência ao membro, em qualquer hipótese, se houver compatibilidade de horário com o do exercício das funções ministeriais.

Parágrafo único. O cargo ou função de direção nas entidades de ensino não é considerado como exercício de magistério, sendo vedado aos membros do Ministério Público.

Art. 3° Não se incluem nas vedações referidas nos artigos anteriores as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento do próprio Ministério Público ou aqueles mantidos por associações de classe ou fundações a ele vinculadas estatutariamente, desde que essas atividades não sejam remuneradas.

Art. 4° Qualquer exercício de docência deverá ser comunicado pelo membro ao Corregedor-Geral do respectivo Ministério Público, ocasião em que informará o nome da entidade de ensino e os horários das aulas que ministrará.

Art. 5° Ciente de eventual exercício do magistério em desconformidade com a presente Resolução, o Corregedor-Geral, após oitiva do membro, não sendo solucionado o problema, tomará as medidas necessárias, no âmbito de suas atribuições.

Art. 6° Esta Resolução entrará em vigor em l° de janeiro de 2006.

Brasília-DF, 16 de dezembro 2005.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Presidente do CNMP

PROCESSO N° 0.00.000.002346/2010-22
RELATORA: CONSELHEIRA TAÍS FERRAZ
PROPONENTE: CONSELHEIRA TAÍS FERRAZ
OBJETO: Alteração da resolução nº 03/2005, que dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério e atividades correlatas por membros do ministério público da união e dos estados

EMENTA

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 03/2005, QUE DISPÕE SOBRE O ACÚMULO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES MINISTERIAIS COM O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO E ATIVIDADES CORRELATAS POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS. APROVAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em aprovar a proposta de Resolução que altera a Resolução nº 03/2005, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 16 de março de 2011.

Taís Schilling Ferraz
Relatora

RELATÓRIO

A Conselheira **TAÍS SCHILLING FERRAZ** (Relatora):

Trata-se de **Proposta de Resolução**, apresentada ao Plenário deste Conselho Nacional em sessão de 30 de novembro de 2010, com vistas à alteração da Resolução nº 03/2005, 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.

Em conformidade com o art. 66, *caput*, do Regimento Interno, a presente proposta foi lida em plenário, juntamente com sua justificativa, distribuindo-se cópias a todos os Conselheiros, para apresentação de sugestões.

Foram apresentadas propostas de modificação do texto pelo Conselheiro Luiz Moreira, sugerindo a inclusão da exigência de que as atividades docentes sejam desempenhadas exclusivamente no local de lotação dos Membros, e que os Corregedores de cada unidade do Ministério Público informem semestralmente a este Conselho quais Membros exercem magistério.

É o breve relatório.

VOTO

A Conselheira **TAÍS SCHILLING FERRAZ** (Relatora):

Conforme tive a oportunidade de expor na sessão plenária de 30 de novembro 2010, a presente proposta de resolução deriva da análise do Pedido de Providências nº 63/2006-60, em que se verificou a necessidade de melhor explicitação das diferenças entre as atividades acadêmicas de magistério e as funções de direção de instituição de ensino, estas últimas vedadas aos membros do Ministério Público.

A Resolução CNMP nº 03, de 16 de dezembro de 2005, regulamentou a cumulação do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos Estados.

O referido ato normativo permite o magistério, público ou particular, por membros do Ministério Público, possibilitando o desempenho de cargo ou função de coordenação, mas vedando a direção nas entidades, conforme transcrevo abaixo:

> *Art. 1º Ao membro dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o de*

magistério, público ou particular, por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula.

Parágrafo único. O exercício de cargos ou funções de ***coordenação*** *será considerado dentro do limite fixado no caput deste artigo.*

Art. 2º. Somente será permitido o exercício da docência ao membro, em qualquer hipótese, se houver compatibilidade de horário com o do exercício das funções ministeriais.

Parágrafo único. O cargo ou função de ***direção*** *nas entidades de ensino não é considerado como exercício de magistério, sendo vedado aos membros do Ministério Público.*

(grifei)

Em que pese a Resolução, em sua redação original, já estabeleça a proibição de desempenho de direção e permita a coordenação enquanto desdobramento da atividade de magistério, não há definição precisa da abrangência de tais conceitos.

Dessa forma, deu ensejo à possibilidade de que uma simples mudança do nome de um cargo, que na sua substância era de direção para "coordenação", permitisse o desempenho de atividades diretivas cumulativamente com o das funções ministeriais.

O permissivo de cumulação das atividades de magistério com o desempenho das atribuições ministeriais possui base constitucional, impondo-se que seja definida de forma mais precisa o que se comporta na atividade de docência.

O magistério, como atividade científica e criadora de conhecimento, pressupõe uma relação acadêmica entre o corpo docente e discente, de forma a propiciar debates e pesquisas acerca dos temas curriculares tratados em sala de aula.

Essa relação se mostra benéfica tanto aos alunos quanto ao docente, exigindo preparação cotidiana do conteúdo a ser tratado em sala de aula e conduzindo à construção mútua do conhecimento.

A atividade de docência repercute indiretamente no atendimento ao interesse público inerente à função ministerial, pois permite ao membro adquirir conhecimentos atuais e construídos de forma dialética, que serão aplicados, invariavelmente, no desempenho de suas atribuições no *Parquet*.

Dessa forma, o membro do Ministério Público não apenas repassa o seu conhecimento, mas também adquire e constrói novas bases científicas, as quais o qualificam e possibilitam o aperfeiçoamento das funções inerentes ao cargo.

É este objetivo que se extrai do permissivo constitucional de acumulação de

funções ministeriais e de magistério. E é desse objetivo que se pode extrair os lindes da própria norma autorizadora, definindo-se, com maior precisão, o que se comporta na atividade docente.

Foi nesse sentido que a Resolução nº 03/2005 deste Conselho permitiu atividades de coordenação, mas proibiu a função ou cargo de direção.

É que, quando a pretexto do permissivo constitucional para as funções de magistério, o membro do Ministério Público participa da gestão administrativa da Instituição de Ensino, deixa de haver o interesse público motivador da autorização, passando a atividade a equiparar-se às demais, vedadas pela Constituição ao membro do Ministério Público.

Para bem ilustrar as diferenças entre as funções acadêmicas e as de gestão de instituição de ensino, transcrevo trecho de artigo escrito pelo Professor Paulo Roberto da Silva, Especialista em Avaliação da Educação Superior pela Cátedra UnB/UNESCO:

> *"A antiga LDB, Lei 5.540/66, definia o departamento como a menor estrutura acadêmica (...). Na maioria dos casos, o departamento era constituído por* ***um único curso*** *e o chefe do Departamento acumulava a função de* ***coordenador do curso.*** *O departamento servia mais como uma unidade vinculadora do corpo docente de um curso. Nesse sentido,* ***o coordenador de curso, que supostamente (mesmo pela antiga LDB) deveria cuidar dos aspectos acadêmicos do curso, acabava sendo absorvido pela gestão administrativa do órgão.*** *Esta situação de duplicidade, Chefia de Departamento (administrativo)/Coordenador de Curso, ainda predomina em muitas instituições mesmo após o advento da nova LDB (Lei 9.394/96).* ***Isto de certa forma prejudica o desempenho acadêmico do curso, pois, o perfil do coordenador do curso - eminentemente acadêmico - não é o mesmo da chefia puramente administrativa departamental e institucional.***
>
> *Com a reestruturação obrigatória de seus estatutos e regimentos esperava-se que as instituições de ensino buscassem modificar essa prática que vem sendo usada há mais de 35 anos.* ***Porém, pouco se progrediu, pois o coordenador tradicional tem desempenhado apenas o papel de gestor de recursos burocráticos, preocupando-se mais com as atividades internas do departamento/curso, esquecendo-se da articulação externa envolvendo os docentes e a comunidade.*** *Essa atitude passiva, reativa, beneficia apenas o "status quo", inibindo a liberdade e as contribuições à discussão e ao progresso curricular. Tal situação, do coordenador burocrata, reativo e operacional, deve ser mudada de modo a garantir uma contínua melhoria da qualidade do curso."*

No referido artigo, o especialista critica a transformação do coordenador de curso em mero gestor burocrático-administrativo das demandas da instituição de ensino.

Transpondo a situação para a realidade do *Parquet*, e observando os objetivos específicos das vedações e permissivos constitucionais, impõe-se reconhecer que este Conselho, na condição de órgão de controle externo, ao qual cabe zelar, dentre outros, pelo adequado desempenho das atividades funcionais, deve atuar, de forma a proibir a cumulação do desempenho de atividades ministeriais com a gestão administrativa de instituições de ensino, por latente infringência ao interesse público inerente ao cargo que ocupa, mantendo, porém, a possibilidade de atividades de coordenação de ensino ou de curso, que são atividades diretamente relacionadas com o processo de ensino e aprendizagem, compreendidas nas funções de magistério e, como visto acima, compatíveis com o interesse público que orientou o permissivo constitucional excepcional de cumulação com as funções ministeriais.

Importante, porém, para uma mais precisa delimitação do universo de atividades compatíveis com a norma autorizadora, que se exemplifiquem, no próprio ato normativo, atividades consideradas compreendidas no exercício da função docente, razão pela qual, sugere-se a criação de um parágrafo contendo um rol enumerativo, no qual são inseridas atividades de natureza formadora e transformadora, como o acompanhamento e a promoção do projeto pedagógico da instituição de ensino, a formação e orientação de professores, a articulação entre corpo docente e discente para a formação de um ambiente acadêmico participativo, a orientação de acadêmicos, a promoção e orientação da pesquisa e outras ações relacionadas diretamente com o processo de ensino e aprendizagem.

Em vista das sugestões apresentadas pelo Conselheiro Luiz Moreira, incluí no texto da resolução a exigência de que somente seria possível o desempenho de atividades de magistério na comarca de lotação em que o Membro exerça suas atribuições.

A disposição reafirma o contido na Resolução CNMP nº 26, de 17 de dezembro de 2007, a qual dispõe sobre a residência na Comarca, preservando o fiel e regular exercício das atividades ministeriais em prol da dos interesses públicos da comunidade regional, que será beneficiada por um membro mais atuante em sua localidade.

A sugestão de que os Corregedores das unidades do Ministério Público informem a este Conselho periodicamente dados sobre os membros que exercem atividades docentes permitirá um melhor controle do cumprimento da Resolução nº 03/2005, e a identificação, de pronto, de eventual situação que não esteja de acordo com a intenção de tais vedações.

Por fim, para que se supere aparente contradição entre o que dispõe o *caput*,

do art. 1º e o seu § 1º, quanto à carga horária, proponho a supressão da expressão "*consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula*", constante do *caput*.

Com estas considerações e a fim de esclarecer a abrangência do permissivo constitucional de acumulação das funções ministeriais com as de magistério, proponho a aprovação da presente proposta de resolução, com a redação que segue em anexo.

É como voto.

Brasília, 16 de março de 2011.

Taís Schilling Ferraz
Relatora

ANEXO

R E S O L U Ç Ã O Nº _____, de _____ de 2011.

Altera a Resolução nº 03/2005, 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.

O **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício das suas atribuições conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição da República e no artigo 19 do seu Regimento Interno;

CONSIDERANDO que aos membros do Ministério Público é vedada a acumulação de funções ministeriais com quaisquer outras, exceto as de magistério, nos termos do art. 128,II, "d", da Constituição;

CONSIDERANDO a importância de serem delineados os contornos objetivos da atividade de magistério, para os efeitos previstos na Constituição; e

CONSIDERANDO a interpretação controvertida quanto ao conceito e alcance do que se enquadra como cargos e funções de coordenação, para os efeitos do parágrafo único, do art. 2º da Resolução CNMP nº 03/2005;

CONSIDERANDO ainda, o decidido na sessão plenária de 30 de novembro de 2010, no processo nº 0.00.000.000063/2006-60 e na sessão plenária de XXX , no processo nº XXXX,

R E S O L V E

Art. 1º. O artigo 1º da Resolução nº 03/2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º. Ao membro do Ministério Público da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o magistério, público ou particular, por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais.

§ 1º. O exercício de atividade de coordenação de ensino ou de curso será considerado dentro do limite fixado no caput deste artigo.

§ 2º. Consideram-se atividades de coordenação de ensino ou de curso, para os efeitos do parágrafo anterior, as de natureza formadora e transformadora, como o acompanhamento e a promoção do projeto pedagógico da instituição, a formação e orientação de professores, a articulação entre corpo docente e discente para a formação de um ambiente acadêmico participativo, a orientação de acadêmicos, a promoção e orientação da pesquisa e outras ações relacionadas diretamente com o processo de ensino e aprendizagem.

§ 3º. Não estão compreendidas nas atividades previstas no parágrafo anterior, as de natureza administrativo-institucional e outras atribuições relacionadas à gestão da instituição de ensino.

Art. 2º. Somente será permitido o exercício da docência ao membro, em qualquer hipótese, se houver compatibilidade de horário com o do exercício das funções ministeriais e desde que o faça em sua comarca de lotação.

Parágrafo único. .....

Art. 4º. .....

Parágrafo único. O Corregedor de cada unidade do Ministério Público deverá informar anualmente à Corregedoria Nacional os nomes dos Membros de seu órgão que exerçam atividades de docência, a respectiva carga horária e a instituição de ensino."

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, ____de____de 2011.

Roberto Monteiro Gurgel Santos
Presidente do CNMP

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. REGULAMENTA O ACÚMULO DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES MINISTERIAIS COM O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO E ATIVIDADES CORRELATAS POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS. REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO CNMP Nº 03/2005. APROVAÇÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em aprovar a proposta de Resolução, revogando-se a Resolução CNMP nº 03/2005, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 15 de junho de 2011.

TAÍS SCHILLING FERRAZ
Relatora

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

Suspenso o julgamento em razão de pedidos de vista e de requerimento formulado pelo Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais, para que aquele colegiado pudesse oferecer sugestões voltadas ao aperfeiçoamento da resolução 3/2005 deste Conselho Nacional, participei, na qualidade de relatora do presente feito, de reunião ordinária do CNPG, ocorrida em 27 de maio último, ocasião em que foram apresentadas as propostas que passo a expor, registrando que parte é originada de manifestações enviadas por escrito e compiladas por relator designado no CNPG, o Exmo. Sr. Corregedor do Ministério Público de Santa Catarina, Dr. Paulo Ricardo da Silva, e a outra parte foi apresentada oralmente no curso da reunião.

Dentre as manifestações, é consenso que a atividade de magistério por membros do Ministério Público, cumulável com as atividades ministeriais, por expressa disposição constitucional, deve a esta última adaptar-se, de forma a não comprometer o exercício das funções.

Também é consenso que é importante que o membro do MP possa dedicar-

se à atividade de magistério, seja porque, ao fazê-lo, leva à comunidade acadêmica conhecimentos relevantes e profundos adquiridos no exercício ou para o exercício das funções, seja porque desmistifica a figura do promotor e do procurador perante a sociedade, levando informações sobre as funções ministeriais e sua relevância, além de reverter em aprofundamento constante do conhecimento e da pesquisa, o que, sem dúvida reverte em benefício do interesse público.

Concordam, também, os Senhores Corregedores, com a necessidade da definição de alguns critérios objetivos para garantir que, ao exercer a atividade docente, o membro do Ministério Público não prejudique, com sua ausência, o exercício das funções ministeriais.

A partir daqui, não há consenso em todas as manifestações, alguns a defender que as balizas sejam mais amplas, para que não se desestimule a docência e não se incorra em inconstitucionalidade ao limitar uma atividade que a constituição admite, outros sustentando a importância de que limites mais específicos sejam traçados, inclusive quanto à carga horária, a fim de permitir, inclusive, que o controle pela corregedoria se faça de forma isonômica.

O limite de carga horária hoje estabelecido na resolução 3/2005, em 20 horas-aula semanais é considerado bom pela maior parte dos Corregedores-Gerais, até mesmo generoso, como alguns fizeram registrar durante os debates. A resolução fala, atualmente, em 20 horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula.

Quanto ao ponto, é importante que este Conselho deixe registrado, para evitar interpretações ampliativas, que as 20 horas-aula semanais consideram, como a terminologia já designa, não apenas os dias úteis, mas os sete dias da semana.

Vários corregedores manifestaram, porém, preocupação com a redação do atual parágrafo único (§1° na proposta de resolução) do art. 1°, segundo o qual, o exercício de atividades de coordenação será considerado dentro do limite de 20 horas-aula semanais.

Isto porque, como registraram, diversas atividades de ensino, pesquisa e extensão, como orientação de alunos e professores e diversas ações relacionadas diretamente com o processo de ensino e aprendizagem não ocorrem em sala de aula, são de difícil acompanhamento e delimitação, acontecendo, não raro, à noite, até mesmo de madrugada, mediante o uso da comunicação eletrônica, e seguem uma dinâmica que não se comporta nos lindes estabelecidos no caput do art. 1°.

A sugestão quanto ao ponto, portanto, foi no sentido de que a redação se modificasse de forma a que não ficasse limitada à carga horária de 20 horas semanais, adotando-se fórmula que permita tais atividades, especificando-as e diferenciando-

as das atividades de gestão, na forma da proposta de resolução, desde que não haja prejuízo às funções ministeriais.

Tema que foi bastante debatido foi o da possibilidade de ser limitado o exercício da docência à localidade onde o membro exerce suas funções. Aqui também não houve consenso, embora haja entendimento da maioria pela necessidade de parâmetros em relação ao local do magistério.

Após diversas manifestações, o grupo, em sua maioria, considerou que a melhor solução seria estabelecer a restrição, porém deixar expressa a possibilidade de ser ela relativizada pelos órgãos de controle, sempre que as circunstâncias locais o justificarem.

Salientaram os eminentes Corregedores-Gerais, que algumas vedações não podem adquirir caráter absoluto em um país com a dimensão e as diferenças do Brasil. Apresentaram inúmeros exemplos de situações em que a aplicação indistinta da regra traria a verdadeira impossibilidade da cumulação que a própria Constituição admite. Dentre as hipóteses lembradas, está a do membro que trabalha em comarca onde não há instituição de ensino superior, porém próxima de outra que seja sede de Universidade. Também a situação em que o membro que não está de plantão, durante o final de semana, desloca-se para cidade ainda mais longe, para o exercício da docência, retornando em tempo de não prejudicar o exercício de suas funções nos dias úteis.

Quanto ao ponto, entendo que a norma de fato deve comportar temperamentos, sob pena de inviabilizar o próprio exercício da docência que, como a Constituição estabelece, é cumulável com a atividade ministerial e na era da informação, comporta múltiplas formas de execução, inclusive a videoconferência.

A solução está na inclusão de mais um parágrafo ao artigo 2º da proposta que traz a limitação, que, diante dos debates, sugiro que estabeleça o temperamento da norma geral.

Esta solução deixa assentada a necessidade e a importância de que haja controle pelas unidades ministeriais, que poderão definir em ato normativo, ou caso a caso, as situações que se apartem da norma geral, observando-se as especificidades locais, inclusive quanto à compatibilidade de horários, dada a diferença ainda existente no expediente e atendimento externo nas unidades ministeriais. Evidentemente que o deslocamento aos finais de semana, nos períodos em que o membro não estiver em plantão, não exigirá prévia autorização do órgão competente.

Em outro ponto, não vejo como necessário que as informações colhidas pelos Corregedores sejam integralmente replicadas ao CNMP. Seria mera repetição do controle, que deve ser exercido originariamente pelas Corregedorias-Gerais das unidades. Apenas parcela destas informações devem ser anualmente encaminhadas,

como o número de membros que exerce a docência e o número de autorizações concedidas para o exercício da docência fora da comarca.

A dupla verificação não se justifica. A atividade correicional na origem, de maior amplitude, deve ser prestigiada, sem prejuízo do controle externo, por ocasião das inspeções ou diante de eventual necessidade de controle administrativo específico.

Por fim, analisando com maior profundidade a matéria, e registrando, mais uma vez, que a atividade docente não apenas é compatível com as funções de membro do Ministério Público, mas é importante para a instituição, concluo que não se sustenta, a interpretação que, a partir da literalidade do art. 128, §5º, inciso II, alínea "d", da CF, considera tal dispositivo, que admite a exceção, incompatível a definição de parâmetros objetivos para o exercício de atividade docente pelo promotor.

E não se sustenta porque a interpretação, aqui, não se pode apartar do contexto em que o dispositivo está inserido. Estamos tratando de vedações ao exercício das atividades ministeriais. O magistério é uma exceção, e exceção interpreta-se de forma estrita. Por outro lado, o membro do Ministério Público, como o STF já teve oportunidade de positivar, assim como o magistrado, não deixam seus ofícios quando não estão no foro ou na promotoria, são juízes e promotores em tempo integral. Este o regime jurídico de suas atividades, diferentemente da docência, de forma que a autorização excepcional para exercê-la há que compatibilizar-se com o ofício que adotou, ao tornar-se membro do MP ou membro do Poder Judiciário.

Feitas estas considerações e consolidadas as sugestões, apresento, a seguir, a proposta resultante dos debates travados até agora e que reproduz meu entendimento quanto ao tema.

Proponho, ainda, que diante da extensão promovida na resolução anterior, e considerando as modificações propostas e aprovadas no Plenário durante a presente sessão, que novo ato normativo seja editado, consolidando-se as normas respectivas, nos seguintes termos:

R E S O L U Ç Ã O Nº _____, de _____ de 2011.

Dispõe sobre o acúmulo do exercício das funções ministeriais com o exercício do magistério por membros do Ministério Público da União e dos Estados.

O **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício das suas atribuições conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição da República e no artigo 19 do seu Regimento Interno;

CONSIDERANDO que aos membros do Ministério Público é vedada a acumulação de funções ministeriais com quaisquer outras, exceto as de magistério, nos termos do art. 128, II, "d", da Constituição;

CONSIDERANDO a importância de serem delineados os contornos objetivos da atividade de magistério, para os efeitos previstos na Constituição; e

CONSIDERANDO ainda, o decidido na sessão plenária de 15 de junho de 2011, no processo nº 2346/2010-22,

R E S O L V E:

Art. 1º Ao membro do Ministério Público da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o magistério, público ou particular, por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula.

§1º A coordenação de ensino ou de curso é considerada compreendida no magistério e poderá ser exercida pelo membro do Ministério Público se houver compatibilidade de horário com as funções ministeriais.

§ 2º Haverá compatibilidade de horário quando do exercício da atividade docente não conflitar com o período em que o membro deverá estar disponível para o exercício de suas funções institucionais, especialmente perante o público e o Poder Judiciário.

§ 3º Consideram-se atividades de coordenação de ensino ou de curso, para os efeitos do parágrafo anterior, as de natureza formadora e transformadora,

como o acompanhamento e a promoção do projeto pedagógico da instituição de ensino, a formação e orientação de professores, a articulação entre corpo docente e discente para a formação do ambiente acadêmico participativo, a iniciação científica, a orientação de acadêmicos, a promoção e a orientação da pesquisa e outras ações relacionadas diretamente com o processo de ensino e aprendizagem.

§ 4º Não estão compreendidas nas atividades previstas no parágrafo anterior as de natureza administrativo-institucional e outras atribuições relacionadas à gestão da instituição de ensino.

Art. 2º Somente será permitido o exercício da docência ao membro, em qualquer hipótese, se houver compatibilidade de horário com o do exercício das funções ministeriais e desde que o faça em seu município de lotação.

§ 1º A unidade do Ministério Público, através do órgão competente, poderá autorizar o exercício da docência fora do município de lotação do membro do Ministério Público, quando se tratar de instituição de ensino sediada em comarca próxima, nos termos de ato normativo e em hipóteses excepcionais, devidamente fundamentadas.

§2º O cargo ou função de direção nas entidades de ensino não é considerado exercício de magistério, sendo vedado aos membros do Ministério Público.

Art. 3º Não se incluem nas vedações referidas nos artigos anteriores as funções exercidas em curso ou escola de aperfeiçoamento do próprio Ministério Público ou aqueles mantidos por associações de classe ou fundações a ele vinculadas estatutariamente, desde que essas atividades não sejam remuneradas.

Art. 4º O exercício de docência deverá ser comunicado pelo membro ao Corregedor-Geral da respectiva unidade do Ministério Público, ocasião em que informará o nome da entidade de ensino, sua localização e os horários das aulas que ministrará.

Parágrafo único. O Corregedor de cada unidade do Ministério Público deverá informar anualmente à Corregedoria Nacional os nomes dos membros de seu órgão que exerçam atividades de docência e os casos em que foi autorizado pela unidade o exercício da docência fora do município de lotação."

Art. 5º Ciente de eventual exercício do magistério em desconformidade com a presente Resolução, o Corregedor-Geral, após oitiva do membro, não sendo solucionado o problema, tomará as medidas necessárias, no âmbito de suas atribuições.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução 3, de 16 de dezembro de 2005.

Brasília, ____de____de 2011.

Roberto Monteiro Gurgel Santos
Presidente do CNMP

É como voto.

Brasília, de junho de 2011.

TAÍS SCHILLING FERRAZ
Relatora

Independência Funcional. Atividade-fim.
Incompetência do CNMP

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS N° 0.00.000.000090/2005
RELATOR: CONSELHEIRO ERNANDO UCHÔA
RELATORA PARA ACÓRDÃO: CONSELHEIRA JANICE ASCARI
INTERESSADA: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ITAITUBA/PA
OBJETO: Cautelarmente, suspender a Portaria 001/2005/MP 3ª PJI, sobrestando-se o ICP n° 001/2005 e, na decisão de mérito, desconstituir e trancar, respectivamente, referida portaria e o Inquérito Civil Público.

EMENTA

Pedido de providências para suspensão e posterior trancamento de um inquérito civil público instaurado, fundamentadamente, por membro do Ministério Público Estadual, sob o argumento - da autoridade averiguada - de tratar-se de matéria atinente à Justiça Federal.

Não cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público interferir na atividade-fim dos membros do *parquet*. Se a parte investigada entender que está com razão, deve recorrer aos meios legais - Poder Judiciário - para trancar a investigação ou deslocá-la para outra esfera de atribuição ou de jurisdição.

O CNMP tem competência constitucional para desconstituir atos administrativos. Os atos concernentes à **atividade-fim** dos membros do Ministério Público Brasileiro não estão sujeitos a revisão, alteração ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público, sob pena de violação ao princípio da independência funcional. É esse o alcance da expressão "atos administrativos", contida no inciso II do § 2° do artigo 130-A da Constituição Federal.

O Conselho tem competência para analisar a conduta do membro do Ministério Público apenas sob o ângulo administrativo puro (como ordenador de despesas e/ou gestor da coisa pública, dos recursos humanos e materiais) ou no aspecto disciplinar, mas jamais poderá aquilatar ou analisar qualitativamente o acerto ou desacerto das razões jurídicas de embasamento de ato funcional que diga respeito à atividade-fim. Precedente do colegiado.

Ato do membro do Ministério Público devidamente fundamentado, sem desbordar de suas das atribuições ministeriais, por força do artigo 129 da

Constituição Federal, em especial seus incisos II, 111 e IX.

Afastada a fundamentação do eminente Relator quanto ao arquivamento pela perda de objeto, Pedido de Providências não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, na conformidade do voto-vista divergente da Conselheira Janice Ascari, por maioria, não conhecer do pedido. Retificaram seus votos os Conselheiros Luiz Carlos Madeira, Francisco Maurício e Luciano Chagas, para acompanhar a divergência. Vencidos os Conselheiros Relator Ernando Uchôa e Alberto Cascais.

Brasília, 30 de janeiro de 2006

Janice Agostinho Barreto Ascari
Relatora p/ Acórdão

VOTO - VISTA

Trata-se de expediente autuado como Pedido de Providências, enviado pela Prefeitura do Município de Itaituba, Estado do Pará, contra a 3ª Promotoria da Comarca de Itaituba, na pessoa da Promotora de Justiça Elaine Nuayed.

Pretende a Prefeitura de Itaituba que este CNMP suspenda, cautelarmente, a Portaria n° 01/2005, que determinou a instauração de Inquérito Civil Público para apuração de desvio de verbas do FUNDEF e, no mérito, pleiteia trancamento do referido ICP. Comunica que a Sra. Promotora de Justiça indeferi pedido de vista e cópias xerográficas do ICP. Alega também que a Promotora de **Justiça não teria atribuição para o ajuizamento da ação, uma vez que há interesse direto da União e que a responsabilidade pela apuração de denúncias de desvio das verbas do FUNDEF seria do Ministério Público da União.**

A Promotora de Justiça Elaine Nuayed prestou informações às fls. 48/51.

Por seu voto, o Ilustre Relator Cons. Ernando Uchôa determinou o arquivamento do pedido por perda do objeto, nos seguintes termos:

"Em que pese o reconhecimento de que o requerente tem razão, porquanto compete à Justiça

Federal processar e julgar Prefeito Municipal por possível desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal, conforme estabelece a Súmula 208 eg. Superior Tribunal de Justiça, falece competência a este Conselho para julgar o pedido sob exame, haja vista que a ação civil pública já se encontra na esfera judiciária, de sorte a impedir qualquer deliberação de mérito deste Colegiado. Assim, opino pelo arquivamento do presente processo, em face da perda de objeto."

Acompanharam o eminente Relator os Conselheiros Luiz Carlos Madeira, Francisco Maurício, Alberto Cascais e, em antecipação de voto, Luciano Chagas.

Pedi vista e passo ao voto.

Chamo a atenção do Colegiado para o fato de que a finalidade do pedido de providências é a suspensão e posterior trancamento de um inquérito civil público instaurado, fundamentadamente, por membro do Ministério Público Estadual, sob o argumento – da autoridade averiguada – tratar-se de matéria atinente à Justiça Federal.

Seja qual for a argumentação do requerente, não cabe a este Conselho Nacional do Ministério Público interferir na atividade-fim dos membros do *parquet*. Se a parte investigada entender que está com razão, deve recorrer aos meios legais – Poder Judiciário – para trancar a investigação ou deslocá-la para outra esfera de atribuição ou de jurisdição.

Se é certo que o CNMP tem competência constitucional para desconstituir atos administrativos, é igualmente certo que os atos concernentes à **atividade-fim** dos membros do Ministério Público Brasileiro não estão sujeitos a revisão, alteração ou desconstituição por este Colegiado, sob pena de violação ao princípio da independência funcional.

É esse o alcance da expressão "atos administrativos", contida no inciso II do § 2° do artigo 130-A da Constituição Federal.

Imagine-se este Conselho cassar a requisição de um inquérito policial, a instauração de um procedimento interno de investigação, o ajuizamento de uma denúncia, de um mandado de segurança, de uma ação civil pública ou de uma ação direta de inconstitucionalidade, atos praticados legalmente por membro do MP, dentro de suas atribuições funcionais: o ato do CNMP seria eivado de nulidade.

Este Conselho tem competência para analisar a conduta do membro do Ministério Público apenas sob o ângulo administrativo puro (como ordenador de despesas e/ou gestor da coisa pública, dos recursos humanos e materiais) ou no aspecto disciplinar, mas jamais poderá aquilatar ou analisar qualitativamente o acerto ou

desacerto das razões jurídicas de embasamento de ato funcional que diga respeito à atividade-fim.

Há precedente unânime deste Conselho quanto à não competência do CNMP quanto à interferência na atividade-fim dos membros: Processo nº 02/2005, de minha relatoria, julgado em 05.12.2005.

Não se discute, no inquérito civil público, a responsabilidade penal do Prefeito quanto ao desvio ou mau uso de verbas federais. A competência criminal nesses casos, em face do interesse da União e do foro especial por prerrogativa de função, será sempre da Justiça Federal e é a isso que refere, exclusivamente, a Súmula 208 do STJ. Confiram-se os precedentes da Súmula, todos de ações penais: **CC 18517-SP**, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26/05/1997 p. 22471, RSTJ 108/268; CC 14358-RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 19/05/1997 p. 20551, RSTJ 108/262; **CC 14061-RS**, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 12/05/1997 p.18756, RMP09/489, RSTJ **108/259**; **CC 15426-RS**, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ 27/05/1996 p. 17806, RSTJ 108/263; **CC 15703-RO**, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 22/04/1996 p.12524, RSTJ 108/266.

No caso em exame trata-se de inquérito civil público, que tem por objeto investigação com objetivos alheios à esfera da responsabilidade penal.

O inquérito civil público, como bem lembra o Procurador da República Roberto Moreira de Almeida, além de instrumento facultativo de atuação do Ministério Público, é um procedimento administrativo de natureza inquisitorial, porque, não sendo um fim em si mesmo, não admite contraditório nem ampla defesa *("O inquérito civil como ferramenta de atuação do Ministério Público", em Ação Civil Pública - 20 anos da lei n° 7.347/85, Ed. Del Rey e ANPR, Belo Horizonte, 2006).*

A instauração do inquérito civil público pela Promotora de Justiça Elaine Nuayed está suficientemente fundamentada.

Conforme se verifica da Portaria nº 001/2005 da 3ª PJ, juntada às fls. 38/40, os considerandos que embasaram a instauração do inquérito civil público revelam que o Sindicato dos Trabalhadores em Educação comunicou ao Ministério Público diversas irregularidades promovidas não só pelo Prefeito, mas também pelo Secretário Municipal de Educação, consistentes em transferência indevida de servidores em educação para outras localidades, contratação irregular, desobediência ao princípio da legalidade, mau acondicionamento de merenda escolar, impossibilidade de servir a merenda aos alunos diante de seu completo estrago, precariedade das salas de aula, abandono e desinteresse do gestor municipal na qualidade de ensino. Além disso tudo, ainda há a informação de desvio de verbas do FUNDEF e PNAE.

Há alguma variação sobre a competência jurisdicional quanto aos feitos que envolvam verbas destinadas ao FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento

do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério. Nem sempre a competência para apuração dos desvios é da Justiça Federal, como afirmou o requerente.

Por sua clareza técnica, transcrevo despacho proferido pelo Procurador da República Luciano Sampaio Gomes Rolim nos autos do Procedimento Administrativo nº 1.18.000.011073/2003-98, que teve trâmite perante a Procuradoria da República no Estado de Goiás, que muito bem analisa a questão da origem da verba e da competência:

> *De acordo com o art. 212 da Constituição Federal:*
>
> ***"A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino."***
>
> *Por sua vez, prescreve o caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias:*
>
> *"Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino Fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério." (redação dada pela Emenda Constitucional n° 14, de 13/09/96).*
>
> *O § 1º desse dispositivo prevê, para o cumprimento dessa finalidade, a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério — o FUNDEF, nos seguintes termos:*
>
> *"A distribuição de responsabilidades e recursos entre os Estados e seus Municípios a ser concretizada com parte dos recursos definidos neste artigo, na forma do disposto no art. 211 da Constituição Federal, é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, de natureza contábil."*
>
> ***O § 2° especifica os recursos que constituem o FUNDEF:***
>
> *"O Fundo referido no parágrafo anterior será constituído por, pelo menos, quinze por cento dos recursos a que se referem os arts. 155, inciso I; 158, inciso IV; e 159, inciso I, alíneas "a" e "b"; e inciso II, da Constituição Federal, e será distribuído entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental."*
>
> *A Lei 9424/96, que regulamentou o FUNDEF, discrimina, em seu art. 1°, as verbas que compõem o Fundo: recursos do Fundo de Participação dos Municípios — FPM; recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal — FPE; parcela do imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS; parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações — lPl-exp; e compensação financeira por Desoneração de Exportações, de que trata a Lei Complementar n° 87/96 (Lei Kandir).*

Destarte, essas verbas decorrem, em grande parte, da arrecadação de impostos* federais, quais sejam: o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer *Natureza-IR (art. 159, inciso I, alíneas "a" e "b"; da Constituição) e o Imposto sobre Produtos Industrializados-IPI (art. 159, inciso II, da Constituição).

Contudo, é importante esclarecer que, a despeito de arrecadadas pela União, em virtude do exercício de sua competência tributária, tais verbas constituem receita própria dos Estados e Municípios, por expressa determinação constitucional, que concretiza a denominada técnica de repartição das receitas tributárias.

Na verdade, o Fundo, além do função vinculaste, desempenha um papel redistributivo, pois os recursos são provenientes dos próprios Estados e Municípios, que são os destinatários dos repasses realizados, na proporção do número de alunos matriculados em cada uma das respectivas redes de ensino.

A hipótese, percebe-se, é distinta daquela consubstanciada no parágrafo único do art. 198 da Constituição, que disciplina o financiamento do Sistema Único de Saúde, pois nesse caso há emprego de recursos do orçamento da seguridade social da União.

Não se pode olvidar, contudo, que o § 3° do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias determina que a União complementará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1°, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Referida norma funda-se no art. 211 da Constituição, de acordo com o qual "a União exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Desse modo, nos Estados em que o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, justifica-se a atuação supletiva da União, que se dá, no caso do FUNDEF, mediante assistência financeira visando complementar os recursos do Fundo.

Portanto, apenas nos Estados em que se verifique a complementação financeira a que alude o § 2° do ADCT, haverá interesse jurídico da União no emprego das verbas do FUNDEF, em razão da necessidade de se assegurar a correta aplicação das verbas federais repassadas em complementação ao Fundo.

Nesse sentido, estabelece o art. 1° da instrução Normativa n° 36 do Tribunal de Contas da União:

"A fiscalização do cumprimento, pela União, da aplicação do mínimo de dezoito por cento da receita resultante de impostos federais na manutenção e desenvolvimento do ensino, prevista no art. 212 da Constituição Federal,

bem como dos procedimentos sob responsabilidade dos órgãos federais para o cumprimento do artigo 6⁰ e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias – ADCT, *e ainda da aplicação, no âmbito de cada Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério — FUNDEF, de recursos federais oriundos da complementação da União, será realizada mediante inspeções, auditorias e análise de demonstrativos próprios, relatórios, dados e informações pertinentes."*

Ao limitar a fiscalização do TCU, no que concerne à correta aplicação das verbas do FUNDEF, aos casos em que há complementação da União para a composição do Fundo, a Instrução compatibiliza-se como o art. 71, VI, da Constituição, segundo o qual compete ao Tribunal de Contas da União *"fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município"* (cf. Acórdão 122/2002 – Plenário, do TCU).

A Prefeitura de Itaituba-PA, aparentemente, é uma das que recebe suplementação de verbas do FUNDEF, embora não constem informações oficiais nos autos. Ainda assim, diante da universalidade do tema educação, do interesse concorrente da União, dos Estados e dos Municípios e da consequente competência concorrente, não há que se falar em falta de atribuição.

Nada impede que em inquérito civil público em curso perante o Ministério Público Estadual sejam coligidos elementos que efetivamente demonstrem o desvio ou malversação de verbas federais pelo chefe do Executivo local. Nessa hipótese, os dados deverão ser enviados ao Ministério Público Federal para o ajuizamento da ação penal e, se for o caso, da ação civil pública.

E a recíproca também se faz verdadeira: se, em inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público Federal forem coligidos elementos comprobatórios de conduta irregular e cuja atribuição para processo e julgamento seja do Ministério Público dos Estados, os dados serão para lá enviados

A mesma situação ocorre, com frequência, entre os diversos níveis de atribuição, entre diversos ramos do MPU (Ministério Público Militar, do Distrito Federal e Territórios ou do Trabalho) ou simplesmente entre localidades: numa investigação podem surgir elementos sobre irregularidades de autoridades de outras localidades – o que envolveria outra competência territorial – ou mesmo de pessoas com foro especial por prerrogativa de função.

Igualmente comum é o ajuizamento de ações civis públicas em conjunto pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, quando o tema de fundo insere-se entre os de

interesse concorrente.

Na lição de HUGO NIGRO MAZILLI "*[o] inquérito civil é um procedimento administrativo preparatório, instaurado, presidido e eventualmente arquivado pelo Ministério Público, destinado a colher elementos de convicção que embasem o eventual ajuizamento da ação civil pública a seu cargo ou sirvam de apoio para o exercício de outras atribuições ministeriais.*" (*Ministério Público*, Ed. Damásio de Jesus, 3a. ed., 2005, p. 86)

Tudo isso não desborda nem um milímetro das atribuições ministeriais, por força do artigo 129 da Constituição Federal, em especial seus incisos II, III e IX:

> *Art. 129. São* ***funções institucionais*** *do Ministério Público:*
>
> *II -* ***zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição,*** *promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*
>
> *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;*
>
> *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. (negritos meus)*

A atribuição para a averiguação dos atos de improbidade administrativa e demais condutas irregulares narradas nos considerados da Portaria é do Ministério Público do Estado do Pará, exclusiva ou concorrentemente, pois incumbe aos Ministérios Públicos dos Estados a defesa da probidade e da moralidade administrativas nas esferas estadual e municipal, no âmbito da administração direta, indireta, de entidades paraestatais ou concessionárias e permissionárias de serviço público, além da incessante fiscalização dos princípios norteadores insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Certamente, se constatadas irregularidades cuja competência jurisdicional para processo e julgamento seja da Justiça Federal, os elementos serão encaminhados ao Ministério Público Federal, podendo remanescer na atribuição do Ministério Público Estadual a averiguação quanto às demais condutas.

De qualquer maneira, volto a ressaltar que os atos concernentes à **atividade-fim** dos membros do Ministério Público Brasileiro não estão sujeitos à apreciação deste Colegiado.

Por essas razões afasto a fundamentação do eminente Relator quanto ao arquivamento pela perda de objeto e voto no sentido de não conhecer do Pedido de

Providências porque escapa à competência do Conselho Nacional do Ministério Público qualquer apreciação de atos concernentes à atividade-fim dos membros do Ministério Público Brasileiro, que não estão sujeitos à desconstituição por este Colegiada, sob pena de violação ao princípio da independência funcional.

É como voto.

Brasília, 30 de janeiro de 2006

Janice Agostinho Barreto Ascari
Relatora p/ Acórdão

PROCESSO N° 0. 00. 000.000006/2005-08
RELATOR: CONSELHEIRO HUGO CAVALCANTI MÉLO FILHO
INTERESSADO: ABDALA ABI FARAJ
OBJETO: AFASTAMENTO DO CARGO PARA O DESEMPENHO DE OUTRAS FUNÇÕES PÚBLICAS. ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

EMENTA

MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA. Os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária. EXERCÍCIO DE CARGO FORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Os membros do Ministério Público foram proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

ACÓRDÃO

ACORDAM os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência do CNMP para baixar Resolução sobre a matéria, vencido o Conselheiro Saint'Clair. No mérito, resolveu o Conselho aprovar a Resolução nº 5/2006, sendo que, quanto ao seu conteúdo, a redação relativa ao tema exercício de atividade político-partidária prevaleceu, por maioria, vencidos os Conselheiros Hugo Cavalcanti Melo Filho (relator), Ricardo Mandarino, Luís Carlos Madeira, Alberto Cascais, Ivana Auxiliadora e Janice Ascari. Também por maioria foi aprovada a redação relativa ao tema afastamento para exercícios de cargos fora da órbita do Ministério Público, vencidos, parcialmente, os Conselheiros Paulo Prata e Osmar Machado.

Brasília, 20 de março de 2006.

Hugo Cavalcanti Melo Filho
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de **pedido de providências** formulado por **ABDALA ABI FARAJ**, advogado militante em Joinville, Santa Catarina, ao efetivo cumprimento das regras constitucionais que vedam o **exercício de atividade político-partidária e de outras funções públicas** por membro do Ministério Público.

Sustenta o interessado que a inobservância de tais regras por membros do Ministério Público de alguns Estados da Federação tem ensejado ingerência política que compromete a independência funcional da instituição. Distribuído o pedido de providências a este relator, atendidos que foram os requisitos estabelecidos no art. 120, parágrafo único, do Regimento Interno deste Conselho, solicitei, na sessão do dia 5 de setembro do corrente ano, a inclusão do processo na pauta de julgamento da sessão do dia 6 de outubro de 2005, exatamente como determina o art. 122 do mesmo Regimento.

Proferido o voto do relator, pediu vista o Conselheiro Paulo Prata.

Na sessão do dia 7 de novembro de 2005 foi adiado o julgamento.

Em 21 de novembro de 2005, o Conselheiro Paulo Prata proferiu seu voto de vista, quanto ao primeiro tema envolvido nos autos (exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público).

O Conselheiro Saint'Clair suscitou preliminar de incompetência do Conselho para normatização da matéria. A preliminar foi rejeitada, por maioria, vencido o Conselheiro Saint'Clair.

Ato contínuo, foram colhidos os votos dos demais Conselheiros, quanto ao mérito (primeiro tema), restando vitoriosa a divergência, vencidos os Conselheiros Hugo Melo Filho, Ricardo Mandarino, Luís Carlos Madeira, Alberto Machado Cascais, Ivana Auxiliadora e Janice Ascari.

No dia 5 de dezembro foi adiado o julgamento.

No dia 30 de janeiro de 2006, foram colhidos os votos quanto ao segundo tema (afastamento para exercícios de cargos fora do Ministério Público). O Conselheiro Saint'Clair pediu vista.

Na sessão de 6 de fevereiro, o Conselheiro Saint'Clair pediu prorrogação de vista. O mesmo ocorreu na sessão de 2 de fevereiro.

O Conselheiro Saint'Clair não compareceu à sessão de 6 de março.

Requeri, com fundamento do Regimento Interno, que fosse desconsiderado o pedido de vista e requisitados os autos, para prosseguimento do julgamento.

O Conselheiro Saint'Clair não compareceu à sessão do dia 20 de março. O Presidente deu prosseguimento ao julgamento, colhendo o voto do Conselheiro Luís Carlos Madeira e proferiu o resultado.

É o relatório.

VOTO

O pedido de providências se desdobra em dois aspectos distintos: a atividade político-partidária e o exercício de outras funções públicas. Cumpre sejam examinadas tais questões separadamente.

Do exercício de atividade político-partidária por membros do Ministério Público

Na sessão do dia 6 de outubro de 2005, quanto à matéria em epígrafe, sustentei as seguintes posições:

> *"A pesquisa da evolução constitucional da matéria leva à constatação de que os membros do Ministério público, diferentemente dos magistrados, que desde a Carta Política de 1934 são proibidos de exercer atividade político-partidária, jamais sofreram tal restrição, antes de 1988. De reverso, estavam a isso autorizados, por lei. Enquanto a Lei nº 1.341/50, que organizou o Ministério Público da União, a admitia tacitamente (art. 20), a Lei Complementar nº 40/81, que estabeleceu normas gerais a serem adotadas na organização dos Ministérios Públicos estaduais, em seu artigo 42, I, expressamente autorizava promotores e Procuradores de Justiça a "exercerem cargo eletivo ou a ele concorrer".*
>
> *A vedação imposta pela Constituição de Outubro (artigo 128, § 5.9, II, e), a rigor, não resultou em empecilho à atividade política dos integrantes do Parquet. Criou, na verdade, relativa incompatibilidade entre o exercício das funções ministeriais e atividades partidárias, ao autorizar o estabelecimento de exceções à regra, pela norma infraconstitucional.*
>
> *Em face do preceptivo constitucional, a Lei n.º 8.625/93, em seu artigo 44, V, expressamente ressalvou da proibição o afastamento para filiação a partido político e "exceções previstas em lei". Já a Lei Complementar n.º 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, no artigo 237, V, excetuou da vedação "a filiação e o direito de afastar-se para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer".*
>
> *Apreciando a compatibilização destas regras com o Texto Constitucional, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição aos dispositivos antes referidos, para firmar o entendimento de que a filiação partidária e a disputa de cargos eletivos eram facultadas aos membros do Ministério Público, desde que se afastassem de suas funções institucionais, conforme revela a ementa a seguir transcrita:*
>
> *"Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Artigo 80 e a expressão "ressalvada a filiação", constante do inciso V, do art. 237, da Lei Complementar no 75, de 25 de maio de 1993. 3. Dispositivos que permitem a filiação de membros do Ministério Público a partido político.*

4. Alegação de incompatibilidade das normas aludidas, quanto à filiação partidária, com o art. 128, § 5º, inciso II, letra "e", da Constituição. 5. Ação julgada procedente, em parte, para, sem redução de texto, dar a) ao art. 237, inciso V, da Lei Complementar federal nº 75/93, de 20/5/93, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a filiação partidária de membro do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei, e b) ao art. 80 da Lei Complementar federal nº 75/93, interpretação conforme à Constituição, para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária, antes de reassumir essas funções, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão dois anos após o cancelamento da filiação político-partidária" (ADI 1371-8, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 2.10.03).

Nesse sentido, também, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.377-DF, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti (redator p/acórdão, Ministro Nelson Jobim), na mesma sessão plenária, *in verbis* (DJ de 15.6.98):

"O Tribunal, por votação majoritária, julgou parcialmente procedente a Ação Direta, para, sem redução de texto, conferir, ao inciso V do art. 44 da Lei nº 8.625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) interpretação conforme a Constituição, definindo como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária de representante do Ministério Público dos Estados-membros, se realizada nas hipóteses de afastamento, do integrante do Parquet de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei."

Outra não foi a orientação do Excelso Pretório no julgamento da ADI 2084-6/SP:

O Tribunal, por unanimidade, acolheu parcialmente o pedido formulado na inicial para emprestar interpretação conforme à Constituição ao inciso V do artigo 170 da Lei Complementar nº 734 , de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo, segundo a qual a filiação partidária de representante do Ministério Público do Estado-membro somente pode ocorrer na hipótese de afastamento de Promotor ou Procurador de Justiça de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Relativamente ao parágrafo único do art. 170, também por unanimidade, o Tribunal julgou procedente, em parte, o pedido formulado, para emprestar interpretação conforme à Constituição, segundo a qual o exercício de

cargo ou função de confiança na Administração Superior, diz respeito à Administração do Ministério Público (...). (Plenário, Rel. Min, Ilmar Galvão, DJ 14.9.01).

A Emenda Constitucional n° 45, de 8 de dezembro de 2004, promoveu significativa alteração na regra. A atual redação do dispositivo ora examinado já não admite que a norma infraconstitucional indique hipóteses que excepcionem a vedação fixada, que se impõe, agora, de forma absoluta. O propósito, à toda evidência, foi o de equiparação dos membros do Ministério Público aos magistrados, tanto no que concerne às garantias quanto no que respeita as vedações. Com efeito, basta que se observem a novel redação do § 4° do artigo 129, ampliando as garantias anteriormente consagradas, e o § 6° do artigo 128, que traz vedação idêntica àquela imposta à magistratura, a denominada quarentena para o exercício da advocacia, além do ora examinado § 5°, inciso II, e, do artigo 128.

Na opinião de Nicolao Dino (***in*** DINO, Flávio, MELO FILHO, Hugo *et alli*. Reforma do Judiciário: comentários a Emenda Constitucional n.° 45/2004. Niterói: Impetus, 2005, pp. 234-237), "*a proibição de exercer atividade político partidária esta diretamente relacionada à garantia de liberdade funcional e à conduta imparcial que se exige do membro do Ministério Público. (...) A atuação do membro do Ministério Público não pode ficar sujeita às diretrizes de ação de um partido político — risco real e concreto de uma eventual filiação partidária e do compromisso de fidelidade dai decorrente. (...) A atividade político-partidária pode comprometer a imparcialidade — elemento diverso da neutralidade — porquanto retira do procurador ou do promotor o distanciamento crítico necessário para avaliar, com prudência e responsabilidade, atos da administração pública que eventualmente poderão demandar providências do Ministério Público. Daí a pertinência da vedação ora examinada*".

Promulgada a Emenda 45/2004, o Tribunal Superior Eleitoral foi instado a se manifestar sobre o alcance da nova redação, por consulta formulada pelo Deputado Federal Nelson Pellegrino, tombada sob o nº 1.148, classe 5. O entendimento da Corte foi o seguinte:

> *"(...) a questão trazida na presente consulta, e saber como os Promotores de Justiça podem exercer a atividade político-partidária com o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004. (...)*
>
> *Como se pode ver, o texto da Emenda Constitucional nº 45, retirou da alínea "e" a parte que diz, salvo exceções previstas na lei, ou seja, os membros do Ministério Público não se encaixam mais nas exceções previstas na lei, exceções estas que davam aos membros do MP*

o direito de filiação partidária e o direito de afastar – e para exercer cargo eletivo ou a ele concorrer, nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei. Desta forma, entendemos que com o advento da emenda constitucional nº 45, a situação dos membros do Ministério Público da União fica como a dos magistrados, que para dedicar-se a atividade político-partidária, há de desvincular-se definitivamente de suas funções.

(...)

Desse modo, adotando o parecer da Assessoria Especial e considerando o que já respondido pelo Tribunal na Consulta nº 1.143, respondo que os membros do Ministério Público, por estarem submetidos à vedação constitucional de filiação partidária, estão dispensados de cumprir o prazo de filiação fixado em lei ordinária, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, de acordo com o art. 12, inciso II, alínea "l" da LC nº 64/90, asseverando ser o prazo de filiação dos membros do Ministério Público o mesmo dos magistrados" (Resolução nº 22.015, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ 3.6.05).

Não poderia ter sido outra a resposta da Egrégia Corte Superior Eleitoral. O comando constitucional não admite dúvida. O exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público não é mais permitido. Somente com o desligamento definitivo, por aposentadoria ou exoneração, poderão vincular-se a partido político, observadas as regras de desincompatibilização aplicáveis à hipótese, de acordo com a remansosa jurisprudência do TSE. Impõe-se, entretanto, o aprofundamento da análise em relação a três pontos: primeiro, se a vedação alcança os que integravam o Ministério Público antes da publicação da Emenda 45; segundo, se continua sendo assegurado o afastamento para atividade político-partidária àqueles que integravam a carreira antes da Constituição de 1988; terceiro, se os membros do Ministério Público que já cumpriam mandato eletivo em 31 de dezembro de 2004 poderão concluí-los, sem desligamento definitivo da instituição.

O primeiro aspecto foi objeto de consulta (consulta nº 1.143, classe 5), feita ao Tribunal Superior Eleitoral pelo Deputado Federal Severiano Alves, nos seguintes termos:*"No caso de Promotores de Justiça que tiveram ingresso na carreira em data anterior à promulgação da referida Emenda, esses podem exercer atividades político-partidárias, filiando-se a Partidos Políticos?"*

O TRE não conheceu da consulta, acompanhando o voto do Relator, Ministro Luís Carlos Madeira, que hoje abrilhanta este Conselho Superior, "por tratar-se de questão ligada à matéria constitucional, o que escapa à competência da Justiça Eleitoral e que, portanto, não pode ser objeto de consulta[1]*".*

1 Após proferido o voto, tomou conhecimento o relator de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tomada na consulta n.° l.l53-DF, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, que corrobora a posição aqui adotada e

Nenhum óbice haverá, todavia, à apreciação da matéria na órbita administrativa, razão pela qual avanço em seu exame. Parece-me que a resposta á questão há de ser negativa. Diferentemente do que fez o Constituinte de 1987/1988 no art. 29, § 3° do Ato das Disposições Transitórias, o reformador de 2004 não ressalvou da vedação os que integravam o Parquet quando da promulgação da Emenda n° 45.

Há muito, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, podendo a lei nova, quanto mais a Constituição, ao criar direito novo, estabelecer exigência ou vedação não existente no regime anterior.

Veja-se o que diz, a propósito, Nicolao Dino (op. cit., p.237):

> *"Observe-se, em princípio, a impossibilidade de invocar-se direito adquirido para aqueles que ingressaram na carreira antes da publicação da Emenda. É que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (RE n°409.846/Agr/DF, Rel. Min. Ellen Gracie; RE n.° 241.884/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE n° 255.328/ED/CE,Rel. Min. Ellen Gracie; RE n° 346.655/PR, Rel. Min. Moreira Alves). A vedação seria imediata e ilimitada".*

Registro que o quadro produzido pela Emenda 45 poderá ser alterado. A Proposta de Emenda Constitucional n° 358/05 — na verdade, a parte da chamada Reforma do Judiciário que, aprovada no Senado, retornou à Câmara – fixa, em seu artigo 5º, norma transitória semelhante a do artigo 29, § 3º do ADCT, para permitir que o membro do Ministério Público admitido antes de sua promulgação exerça atividade político-partidária, nos termos da lei.

Assim, desde 31 de dezembro de 2004 e até que seja — e se for – promulgada emenda resultante da PEC mencionada, os membros do Ministério Público, mesmo os que já integravam o *Parquet*, estão impedidos de exercer atividade político-partidária.

Penso que a proibição alcança, inclusive, e aqui passo ao exame do segundo ponto, os veteranos promotores e procuradores, pertencentes aos quadros do Ministério Público em 5 de outubro de 1988, mesmo os que optaram pelo regime vigente sob a égide da Carta Política anterior.

Como ensina José Afonso da Silva (***in*** Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. edição, 1982, pp. 189 ss):

foi ementada nos seguintes termos:

"(...) MINISTÉRIO PÚBLICO - ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA — ALÍNEA "e" DO INCISO II DO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇAO FEDERAL — EMENDA CONSTITUCIONAL n.° 45/2004 — APLICAÇÃO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todas aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso."

"As normas das disposições transitórias fazem parte integrante da Constituição. Tendo sido elaboradas e promulgadas pelo constituinte, revestem-se do mesmo valor jurídico da parte permanente da Constituição. Mas seu caráter transitório indica que regulam situações individuais e específicas, de sorte que, uma vez aplicadas e esgotados os interesses regulados, exaurem-se, perdendo a razão de ser pelo desaparecimento do objeto cogitado, não tendo, pois, mais aplicação no futuro."

Nos termos do art. 281, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, que se aplica ao Ministério Público dos Estados, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93, os integrantes do *Parquet* à época da promulgação da Constituição de 1988 puderam exercer, até o dia 21.5.1995 a opção pelo regime anterior a que se refere o art. 29, § 3º, do ADCT. Os que assim procederam, mantiveram a faculdade de se afastar das funções institucionais, para exercício de atividade poiítico-partidária. A meu ver, findo o prazo para a opção, em 21 de maio de 1995, a norma transitória se esgotou, não podendo mais ter aplicação para fatos futuros.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, nova regra foi fixada, eliminando a possibilidade de exercício de atividades político-partidárias. A preservação do direito dos membros do Ministério Público nomeados antes de outubro de 1988 dependeria de nova regra transitória (como a do art. 5º da PEC 358/05, já mencionada), simplesmente porque a regra transitória do § 3º, do art. 29 do ADCT já se exaurira e, como visto, não há falar em direito adquirido a regime jurídico. Como tal regra não foi providenciada, o novo texto alcança todos os integrantes do *Parquet*, indistintamente.

Por fim, enfrento o problema dos membros do Ministério Público que exerciam cargos eletivos em 31.12.04 ou ainda os exerçam.

À época da eleição, o Texto Constitucional autorizava o afastamento para a candidatura e, naturalmente, para o exercício do mandato. Qual seria, aqui, o efeito da alteração constitucional?

Nos termos do art. 1º da Constituição, a República tem a soberania e a cidadania como fundamentos. Por outro lado, estatui o parágrafo único do mesmo artigo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Os membros do Ministério Público eleitos nos pleitos de 2002 (governadores, senadores, deputados federais, deputados estaduais, deputados distritais) e de 2004 (prefeitos e vereadores) estavam autorizados, por lei, a exercer atividade político-partidária, filiando-se a partidos políticos e concorrendo a cargos eletivos. A escolha que sobre eles recaiu é expressão da soberania popular que, conforme dispõe o art. 14 de nossa Carta Política, e exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direito e secreto,

com igual valor para todos.

Admitir que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº 45/2004 alcance as situações regularmente consolidadas pela via do exercício da soberania popular seria, na perspectiva da cidadania brasileira, negar observância a valor fundamental da República. E sob o ângulo de visada dos membros do Ministério Público, corresponderia a cassação dos seus mandatos.

Não se está afirmando aqui direito absoluto ao mandato conquistado nas urnas. Mas as hipóteses de perda do mandato estão claramente indicadas na Constituição e não admitem, por isso, ampliações. Com efeito, uma vez adquirido pelo voto popular, o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça eleitoral no prazo de 15 dias, contados da diplomação (art. 14, § 10), impugnação que somente poderá estar fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. A razão é obvia: a vontade popular, em tais casos, restaria viciada.

Além disso, o art. 55 da Lei Maior indica as hipóteses em que os Deputados Federais e Senadores perderão o mandato: quando infringirem as vedações fixadas no art. 54, por procedimento declarado incompatível com o decoro parlamentar, por ausências reiteradas às sessões legislativas, pela perda ou suspensão dos direitos políticos, observada a regra do art. 15, por decretação da Justiça Eleitoral ou por condenação criminal transitada em julgado, circunstâncias que, *mutatis mutandis*, justificariam a perda do mandato dos demais ocupantes de cargos eletivos.

Por estas razões, parece-me que devam ser preservados os mandatos em curso de membros do Ministério Público.

Por todo o exposto, as conclusões a que chego, nesta primeira parte do exame do pedido de providências, são as seguintes

l. Desde a publicação da Emenda Constitucional n° 45/2004, os membros do Ministério Público, a exemplo dos magistrados, estão proibidos de exercer atividade político-partidária.

2.Tal vedação alcança todos os integrantes das carreiras do Ministério Público, mesmo os que nelas ingressaram antes da promulgação da Emenda, uma vez que não podem invocar direito adquirido a regime jurídico.

3. Não estão imunes à vedação os membros do Ministério Público admitidos antes de 5 de outubro de 1998, porque a preservação da faculdade dependeria de nova regra transitória que os excluísse da proibição, já que a regra transitória do § 3º, do art. 29 do ADCT já se exaurira.

4. Admitir que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº45/2004 alcance as situações regularmente consolidadas pela via do exercício da soberania popular seria negar observância a valor fundamental da República e corresponderia

à cassação dos mandatos conquistados pelos Membros do Ministério Público, quando as hipóteses de perda do mandato estão claramente indicadas na Constituição e não admitem, por isso, ampliações. Por isso devem ser preservados os mandatos em curso.

5. Os membros do Ministério Público que desejarem exercer atividade político-partidária deverão se desligar em definitivo da carreira, por aposentadoria ou exoneração. Nestes casos, o prazo de desincompatibilização será de 6 meses, conforme decidido pelo TSE.

6. Caso aprovada a PEC n°358/05 (art. 5º), os membros do Ministério Público que ingressaram antes da Emenda 45 poderão voltar a exercer atividade político-partidária, nos termos da lei.

Entretanto, a posição deste relator não prevaleceu no Colegiado. Restou majoritário o entendimento do nobre Conselheiro Paulo Prata, que passo a registrar:

Atividade Político-Partidária

Inicialmente, registro que a expressão atividade político-partidária não se restringe, tão-somente, ao exercício de mandato eletivo; contudo, como essa é a situação mais comum, os exemplos serão sempre nesse sentido.

Em relação à regra geral exposta pelo relator na sua conclusão nº1 ("*Desde a publicação da Emenda Constitucional nº45/2004, os membros do Ministério Público, a exemplo dos magistrados, estão proibidos de exercer atividade político-partidária*"), ver-se-á, mais adiante, que ela comporta exceções. Por ora, assinalo apenas que a comparação aos magistrados é desnecessária e pode causar alguma confusão, em razão, justamente, das mencionadas exceções, as quais não previstas para os juízes.

Na conclusão nº 2, explicitou o Conselheiro seu entendimento de que *"Tal vedação alcança todos os integrantes das carreiras do Ministério Público, mesmo os que nelas ingressaram antes da promulgação da Emenda, uma vez que não podem invocar direito adquirido a regime jurídico"*.

Afirmou, ainda, Sua Excelência, na conclusão nº 4, que "*Uma vez que a nova regra se aplica a todos os membros do Ministério Público, indistintamente, também os que exercem mandato eletivo estão proibidos de exercer atividade político-partidária*". E acrescentou*: "Cuida-se de norma destinada a regular situação jurídica que, embora tenha se aperfeiçoado no passado, irradia efeitos jurídicos para o futuro, assim, aos que foram alcançados no exercício de mandato caberia optar entre o cargo no Ministério Público e o mandato*". Pois bem.

O artigo 128, § 5º, II, e, da *Lex Fundamentalis*, cujo texto foi alterado pela Emenda Constitucional 45/2004, veda o exercício de atividade político-partidária por

membros do Ministério Público.

A questão que se coloca a partir da edição de tal norma constitucional e que merece análise é: *quid juris* para os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, estivessem ou não exercendo atividade político-partidária (mais especificamente: mandato eletivo) e para os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a edição da Emenda?

As respostas a tais indagações, conforme se verá, serão diversas. No que concerne aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a edição da Emenda Constitucional 45/2004, é certo que não podem, em nenhuma hipótese, exercer atividade político-partidária.

Por outro lado, quanto aos membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, discordando do magnífico voto, entendo que não foram abrangidos por aludida vedação, consoante restará demonstrado abaixo.

A análise que farei baseia-se, primordialmente, na seguinte assertiva: não se trata apenas de verificação da possível existência de direito adquirido a regime jurídico, mas também, e principalmente, de harmonização da Emenda nº 45 com as normas constitucionais que cuidam dos direitos políticos. Nesses casos, como ensina o Promotor de Justiça mineiro Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, deve-se ter cautela (Direito Eleitoral Brasileiro, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 318):

O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos, devendo qualquer interpretação em sentido contrário ser restritiva, por força da própria Carta Suprema.

Outra baliza importante a ser considerada é a proibição de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4°, inciso IV da Constituição). Friso, *a priori*, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que tais direitos não são apenas aqueles constantes do art. 5° da Constituição (o Ministro Carlos Velloso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF, referiu-se expressamente aos direitos políticos como pertencentes à categoria de diretos individuais).

Além disso, tal proibição não diz respeito somente a emendas tendentes a abolir os direitos individuais abstratamente considerados, mas também àqueles feridos concretamente, assim como decidiu o Supremo Tribunal na já mencionada Ação Direta nº 939-7/DF, vedando que emenda constitucional excepcionasse a aplicação de garantia individual em situação específica.

Portanto, a vinculação do estudo da situação ora em análise apenas à existência de direto adquirido a regime jurídico deixa de lado um fator de extrema importância:

a perda de direitos políticos passivos (direto de ser votado) de toda uma classe que os possuía, pois, na redação, anterior do dispositivo constitucional alterado, os membros do Ministério Público estavam proibidos de exercer atividade político-partidária, salvo nos casos de exceções previstas em lei; daí, sempre se entendeu que o afastamento da carreira, a qualquer título – por exemplo, licença –, gerava a possibilidade de candidatura a cargo eletivo.

Nesse sentido, fixadas as balizas interpretativas e entendendo-se que a solução do problema diz respeito também à preservação de direitos políticos, deve-se ter em mente o teor do art. 15 da Constituição, que veda a cassação de tais direitos e estipula, taxativamente, os casos de sua perda ou suspensão.

Ora, os membros do MP que ingressaram na carreira antes da Emenda nº 45 eram, na forma da lei, detentores de direitos políticos passivos. Podiam concorrer, portanto, a cargos eletivos, desde que preenchidas certas condições.

Dessa forma, se a perda de direitos políticos é possível somente nos casos expressos no art. 15 da Constituição e se não pode haver emenda constitucional tendente a abolir os direitos individuais, entre os quais se encontram os direitos políticos, a única interpretação possível da proibição de atividade político-partidária por membro do Ministério Público é no sentido de que ela só atinge os que ingressarem na carreira após a Emenda nº 45. Qualquer outra interpretação, a meu ver, será inconstitucional.

E assim é porque a Emenda nº 45 não pode, obviamente, ser vista isoladamente. Para que ocorra uma interpretação conforme a Constituição e que não leve a alguma inconstitucionalidade, os arts. 15 e 60 da CF devem, em conjunto, servir de parâmetros ao intérprete. Prestigia-se, dessa forma, um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno: o princípio da unidade da Constituição. Vale, nesse ponto, transcrever os ensinamentos do mestre Daniel Sarmento, que segue os passos de Alexy:

> *"Um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico. Segundo ele, há, dentro do mesmo espaço territorial, uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isto, muito embora componha-se de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes encontram-se devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais.*
>
> *(...)*
>
> *Mas, se é na* ***Constituição*** *que repousa a* ***unidade da ordem jurídica****, a ideia de unidade* ***também se projeta sobre ela. Assim, a busca da harmonia entre diferentes ditames constitucionais é uma tarefa que se impõe a qualquer um que pretenda interpretar a Lei Fundamental ou aplicá-la a casos concretos.***

Sem embargo, trata-se, muitas vezes, de empreitada das mais árduas, uma vez que, nas sociedades pluralistas e democráticas, a diversidade de valores e ideias existentes na sociedade acaba refletida no texto constitucional que acolhe normas potencialmente colidentes.

Nessa linha, o princípio da unidade da Constituição, nos dizeres de Canotilho, obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. A Corte Constitucional alemã, por sua vez, afirmou que o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição, como unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal.

Em outras palavras, o princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior. ***Caso a conciliação plena não seja viável, ele deve procurar solução onde a restrição à eficácia de cada uma das normas em confronto seja a menor possível,*** *buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por elas protegidos. (**in**. A ponderação de interesses na Constituição Federal, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 27 e s.) Grifo não original.*

Reforça-se, assim, a ideia dos limites à proibição do exercício de atividade político-partidária por membro do Ministério Público. Tal vedação não alcança, portanto, todos aqueles que ingressaram na carreira do Ministério Público antes da Emenda Constitucional nº 45, vale dizer, todos aqueles que nela ingressaram antes e depois de 1988 até a data da promulgação de aludida emenda, estivessem ou não exercendo atividade político-partidária.

Insta ressaltar, outrossim, que, em relação aos que na data de promulgação da Emenda nº 45 estivessem exercendo mandato eletivo, outros motivos, além dos já analisados, devem ser tidos em consideração.

A Constituição, logo em seu art. 1°, dispõe que a cidadania é fundamento e princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Isso significa que todo o texto constitucional, inclusive suas alterações, deve ser interpretado sob a luz do princípio fundamental da cidadania.

A conclusão imediata que se tira daí é óbvia: por respeito ao princípio fundamental da cidadania não se pode impor condição nova para o exercício do mandato (opção entre o mandato ou o cargo) a quem foi regularmente eleito, no gozo de seus direitos políticos, como quer o insigne relator (conclusão nº 4, já transcrita anteriormente: "*(...) assim, aos que foram alcançados no exercício de mandato caberia optar entre o cargo no Ministério Público e o mandato*").

Essa imposição de escolha entre o cargo de Promotor e o mandato eletivo é, inclusive, uma forma indireta de cassação de diretos políticos, o que é expressamente vedado pelo art. 15 da Constituição. A opção é daquelas que deixam poucas escolhas, uma vez que o cargo de Promotor é o ganha-pão de seus detentores, impedidos que estão de outras atividades. Não se pode crer que se pretendeu uma norma nestes termos: ou há volta ao cargo de Promotor ou há perda do mandato eletivo. Uma imposição com tal carga de persuasão atinge não só os eleitos, mas também os eleitores ferindo a soberania popular e configurando verdadeira cassação arbitrária de direitos políticos, o que é vedado pela Constituição.

Deve-se agora verificar a situação daqueles que ingressaram no Ministério Público antes de 5 de outubro de 1988. Evidentemente, também são eles alcançados pela interpretação já exposta. Além disso, com maior razão, ainda outros fatos os diferenciam.

O relator, nesse aspecto, entendeu que "Não estão imunes à vedação os membros do Ministério Público admitidos antes de 5 de outubro de 1988, porque a preservação da faculdade dependeria de nova regra transitória que os excluísse da proibição, já que a regra transitória do art. 29, § 3°, do ADCT já se exaurira". Mais uma vez, não comungo com o pensamento do ilustre relator.

Neste ponto, registro, inicialmente, que o relator demonstrou, sabiamente, a dificuldade de interpretação do art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inclusive analisando se a necessidade de opção atingiria somente as vantagens e garantias, ou também as vedações.

De qualquer modo, considerando que a Lei Complementar nº 40/81 permitia o afastamento para o exercício de mandato eletivo ou de outros cargos no seu "Capítulo VI — Dos vencimentos, Vantagens e Direitos dos Membros do Ministério Público", não há como negar que a opção é necessária para tanto, pois, para a antiga Lei Orgânica, não se trata somente de matéria ligada a eventual vedação, mas também às vantagens e direitos.

Ressalto, também, antes de verificar qual a solução jurídica para o aparente conflito de normas, que os membros dos Ministérios Públicos estaduais poderão fazer a opção pelo regime anterior a qualquer tempo, salvo disposição em contrário nas respectivas Leis Orgânicas, uma vez que a Constituição e a Lei nº 8.625/93 não estabeleceram uma data limite, ao contrário do que ocorre em relação aos membros do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93, art. 281). É o que ensina o Promotor de Justiça carioca Emerson Garcia ("Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 493):

O art. 29, § 3°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao contemplar a possibilidade de opção pelo regime jurídico anterior; silenciou quanto a uma possível retratação. No âmbito infraconstitucional, enquanto a Lei Orgânica Nacional permaneceu igualmente silente, a Lei Complementar nº 75/93, em seu art. 281, parágrafo único, dispôs que "a opção poderá ser exercida dentro de dois anos, contados da promulgação desta Lei Complementar, podendo a retratação ser feita no prazo de dez anos. Especificamente em relação à opção, salvo disposição em contrário na legislação estadual, poderá ela ser feita a todo tempo.

Pois bem. Feita a opção ou podendo ela ser feita a qualquer tempo pelos membros dos Ministérios Públicos estaduais, não se pode falar em mudança da situação jurídica pela Emenda nº 45, pois não houve alteração do ato transitório que permite a opção. Em outras palavras: o regime permanece para aqueles que ingressaram na carreira antes de 5 de outubro de 1988, não podendo essa situação ser alcançada pelas recentes mudanças constitucionais, uma vez que, ainda que transitória, a norma do art. 29, § 3°, do ADCT continua gerando efeitos.

Anoto, aliás, que o professor André Ramos Tavares expressamente manifesta-se no sentido de que a Emenda nº45 não prejudicou o alcance do art. 29, § 3°, do ADCT ("Constituição do Brasil Integrada com a Legislação e a Jurisprudência do STF", São Paulo: Saraiva, 2005, p. 289), e assim também pensa o ilustre integrante do Conselho Nacional de Justiça Alexandre de Moraes ("Direito Constitucional", 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 554):

Essa nova norma somente não se aplica aos membros do Ministério Público que tenham ingressado na carreira antes da promulgação da Constituição de 1988, desde que façam a opção prevista no art. 29, §3°, ADCT. Nessa hipótese, ao membro do Ministério Público serão permitidas a filiação partidária e candidatura para mandatos eletivos, respeitados os prazos da LC nº 64/90 (prazos de desincompatibilização), bem como quaisquer outras formas de exercício de atividade político-partidária.

Nesse sentido, também o entendimento do preclaro professor Hugo Nigro Mazzilli ao analisar a vedação imposta pela Emenda nº 45:

"Quid juris *para os membros no Ministério Público que tenham ingressado antes da promulgação da Constituição de 1988, e que tenham optado pelo regime jurídico a ela anterior? Para esses, poderá ser admitido, transitoriamente, o exercício de atividade político-partidária, mas mediante prévio afastamento do cargo, mediante licença, nos termos da lei.*

*É preciso que o interessado cancele sua filiação partidária para reassumir suas funções, quaisquer que sejam, não podendo desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público eleitoral antes de decorridos dois anos do cancelamento da filiação (**in**. Introdução ao Ministério Público à luz da reforma do Judiciário. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 104)."*

Em face do que expus, creio, em suma, que a situação dos empossados antes do advento da Emenda 45 não se alterou. Assim, o art. 5° da Proposta de Emenda Constitucional conhecida como PEC Paralela da Reforma do Judiciário" (já em fase final de análise pelo Congresso Nacional), que ressalva a possibilidade de atividade político-partidária por membro do MP que tenha ingressado na carreira até a promulgação da EC nº 45, apenas torna expressa norma implícita

Ad argumentandum, *na doutrina, já existe quem manifesta esse entendimento, como a Procuradora do Estado do Pará Carolina Ormanes Massoud ("Comentários à PEC Paralela da Reforma do Poder Judiciário", **in** "Reforma do Judiciário Comentada", coordenação de Zeno Veloso e Gustavo Vaz Salgado, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 319):*

A proteção do direito adquirido, mais uma vez, é repetida neste artigo, pois, caso aprovado o texto da PEC, estar-se-á respeitando o exercício de atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público que a desenvolviam antes da alteração procedida pela EC nº 45 no art. 128, § 5°, inciso II, e, da CF.

Com efeito, nele foi vedada essa atividade. A tentativa da PEC é corrigir o que não foi expresso na EC nº 45, em que poderia ter sido previsto tal direito. Ainda assim, entende-se que os membros do MP poderiam fazer valer a norma contida no inciso XXXVI do art. 5° da CF, a justificar a possibilidade, para os empossados antes da EC nº 45, de manter a atividade político-partidária.

Em relação a todas as exceções apontadas, outro fator a deve ser levado em conta: os tribunais têm dado as mais diversas interpretações quanto à análise do instituto de direito adquirido em relação a regime jurídico, à norma de ordem pública e à emenda constitucional.

O conspícuo relator expressou-se no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, e seu voto baseou-se, principalmente, nesse aspecto da questão; entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu pelo direito adquirido em diversas ocasiões. A professora mineira Maria Coeli Simões Pires demonstra, em sua mais recente obra, a alteração do entendimento do Supremo Tribunal ("Direito Adquirido e Ordem Pública: Segurança Jurídica e Transformação Democrática", Belo

Horizonte: Del Rey, 2005, p. 671-2). A lição é longa, mas merece transcrição:

> *Noutra vertente, vislumbra-se orientação mais recente do Supremo Tribunal Federal no sentido de respeito ao direito adquirido, tendo em vista a prevalência das garantias constitucionais, inadmitindo-se a retroatividade de lei nova que as vulnere, ainda que seja aquela normatividade caracterizada como de ordem pública.*
>
> *Há, nesse sentido, posição de vanguarda do STF sinalizando no sentido do amplo acatamento do direito adquirido pela lei independentemente de sua natureza, tese assentada especialmente a partir do acórdão relatado pelo Min. Moreira Alves e prolatado na ADIn n. 493 - DF, j. 25.6.1992, DJ 4.9.1992, p. 14089. No referido acórdão, cuida-se, intencionalmente, do locus constitucional de acolhida do direito adquirido, assinalando-se a ausência de qualquer exceção constitucional a justificar tratamento diferenciado para as normas de ordem pública relativamente às garantias de segurança jurídica.*
>
> *Na mesma linha, aparece julgado que assegura ao servidor a regência de sua situação subjetiva pela norma sob cujo regime se configurou, afastando, porém, a aplicação dessa legislação no tocante ao regime de cálculo do benefício pecuniário consequente. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AGRAV - 222007/SP.*
>
> *Em vertente semelhante, a decisão que reconhece direito adquirido a servidor relativamente a vantagem pessoal decorrente de apostilamento. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AGRRE — 184344/SC.*

Ora, se a situação em relação a direito adquirido é confusa, podendo-se perceber alteração no entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a tal garantia em face a regime jurídico e à norma de ordem pública, este Conselho, na sua função regulamentar, não pode optar pela interpretação mais restritiva de direitos, principalmente em matéria que atinge o direito de ser votado ou, vale dizer, a própria soberania popular.

A restrição de direitos por este Conselho, de forma administrativa, a meu ver, somente pode ocorrer quando exista norma jurídica expressa e que não traga dúvidas quanto ao seu conteúdo, o que não acontece no caso em análise, conforme demonstram as decisões e citações transcritas. Isso não significa, evidentemente, que não possa haver posterior modificação de entendimento para acompanhar eventual pacificação da doutrina e jurisprudência.

Para que se tenha uma idéia de quantas dúvidas decorrem da nova norma que veda a atividade político-partidária, destaco lição do eminente ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira (“Ministério Público segundo a Constituição da

República Federativa do Brasil", ***in*** "Reforma do Judiciário", coordenação de Pierpaolo Bottini e Sérgio Rabello Tamm Renault, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219):

> *Poder-se-á falar em direito adquirido? Há direito adquirido, tratando-se de regime jurídico de servidores públicos? Por outro lado, não se há de respeitar a vontade popular com relação àqueles membros do Ministério Público que exercem mandato eletivo? O melhor será que a resposta a tais indagações e a outras seja dada pelo próprio poder constituinte derivado, mediante edição de norma transitória.*

Havendo dúvidas e interpretações diversas, a restrição de direitos administrativamente, negando direitos que os próprios Tribunais muitas vezes reconhecem, fere a segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito e, portanto, princípio implícito na Constituição. Mais prudente é evitar interpretação que restrinja direitos relativos à própria soberania popular, mormente considerando que a norma transitória a que se refere o colega Aristides Junqueira está prestes a ser aprovada.

Por fim, quanto à conclusão nº 5 do relator, que cuida de prazo de desincompatibilização, creio que não há necessidade de pronunciamento deste Conselho, uma vez que consultas ao Tribunal Superior Eleitoral vêm sendo respondidas sobre o tema, o qual, em princípio, já se encontra suficientemente esclarecido.

Em face exposto, chego às seguintes conclusões quanto ao exercício de atividade[2] político-partidária por membros do Ministério Público:

a) os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 estão proibidos de exercer atividade político-partidária;

b) a vedação do art. 128, § 5°, inciso II, e, da CF, em sua nova redação, não alcança os membros do Ministério Público que integram na carreira antes da promulgação da Emenda, podendo, inclusive, permanecer no exercício de mandato eletivo aqueles que se encontravam em tal situação na referida data.

2 Após proferido o voto, tomou conhecimento o relator de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tomada na consulta n.° l.l53-DF, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, que corrobora a posição aqui adotada e foi ementada nos seguintes termos:
"(...) MINISTÉRIO PÚBLICO - ATIVIDADE POLÍTICO-PARTIDÁRIA — ALÍNEA "e" DO INCISOII DO ARTIGO 128 DA CONSTITUIÇAO FEDERAL — EMENDA CONSTITUCIONAL n.° 45/2004 — APLICAÇÅO NO TEMPO. A proibição do exercício de atividade político-partidária ao membro do Ministério Público tem aplicação imediata e linear, apanhando todas aqueles que o integram, pouco importando a data de ingresso."

Do exercício de outras funções públicas por membro do Ministério Público

A vedação de exercício de outras funções públicas, expressa no artigo 128, § 5º, inciso II, alínea d, da Constituição de 1988 não sofreu alteração com a promulgação da Emenda n.° 45/2004. A rigor, a discussão acerca da possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público para atuar em espaços do serviço público fora da instituição é antiga. Muitos promotores e procuradores têm se afastado para o exercício de cargos no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios. Boa parte deles teve impugnados os seus afastamentos, algumas vezes pelo próprio *Parquet*. A matéria é controvertida e merece aprofundado exame.

A proibição de exercício, por membros do Ministério Público, de outras funções públicas não foi providência original do constituinte de 1988. Na verdade, a Carta de 1934, em seu artigo 97, prescrevia que "os chefes do Ministério Público na União e nos Estados não podem exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério e os casos previstos na Constituição. A violação deste preceito importa a perda do cargo". Assim, a vedação que se impôs à magistratura, naquele momento — e perdura até hoje — foi estendida, exclusivamente, aos chefes da instituição. As Constituições posteriores, nada acrescentaram a propósito.

A atuação de membros do Ministério Público em relevantes funções públicas sempre foi fato corriqueiro, em nosso país. Os administradores viam, e ainda vêem, na instituição, celeiro de homens públicos tecnicamente preparados e eticamente comprometidos e nunca hesitaram em convocá-los para o exercício das mais elevadas atribuições. Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, Diretorias de estratégicas agências governamentais foram e são ocupados por integrantes da instituição.

Antes de 1988, não havia óbice ao afastamento para o exercício de tais funções públicas. Na verdade, a lei o autorizava, expressamente. Refiro-me ao artigo 42, inciso II, da Lei Complementar nº 40/81, que indicava, além da hipótese de exercício de cargo eletivo, o de "outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta". Acontece que a Constituição de 1988 alterou esta situação, no que foi acompanhada, naturalmente, pela legislação de regência.

Nos termos do artigo 128, § 5º, inciso II, alínea "d", de nossa Carta Política e vedado ao membro do Ministério Publico "exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério".

A Lei Complementar nº 75/93, em seu artigo 237, inciso IV, limita-se a renovar a disposição constitucional.

Por seu turno, a Lei nº 8.625/93, no artigo 44, inciso IV, repete o Texto Constitucional, com ressalvas postas no seu parágrafo único, que serão examinadas,

oportunamente.

Vistas as disposições constitucionais e legais, avaliemos os seus efeitos.

A regra geral é evidente: proíbe-se o exercício de qualquer outra função pública pelo membro do Ministério Público, ainda que esteja em disponibilidade, seja voluntária ou de ofício, esta última por extinção do cargo ou declaração de sua desnecessidade.

O que se deve entender pela expressão "qualquer outra função pública" foi suficientemente esclarecido por Pontes de Miranda, ao comentar o dispositivo da Carta de 1967 que estabelecia idêntica vedação aos magistrados, lição que se aplica, sem retoques, hipótese ora sob comento:

> *Que e que se há de entender por outra função publica? (...) 'Outra' significa, no texto, função diferente da função judicial, função que pertence ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo, as entidades paraestatais ligadas a um daqueles poderes ou órgãos, excetuadas, portanto, as funções judiciárias, ou que sejam exercidas em virtude do cargo mesmo do juiz (Comentários a Constituição de 1967, t. 3, p. 579 - Citado pelo MP/RJ na Ação Civil Pública nº 2003.001.012112-7)*

Por outro lado, o propósito da regra foi explicitado, com maestria, pelo então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, José Geraldo Brito Filomeno, em razões oferecidas perante o STF, na Suspensão de Execução de Medida Liminar em Mandado de Segurança 11.0 2065-0:

> *"Em verdade, a Constituição de 1988 concedeu expressivos direitos aos membros do Ministério Publico e, em contrapartida, impôs diversas restrições, com o propósito de afastá-los de outras funções públicas (excetuado, apenas, o Magistério) . Há nesse tema simetria quase perfeita com a Magistratura: o art. 128, inciso II, d da atual Constituição Federal – no qual foi acolhida essa vedação — corresponde ao artigo 95, parágrafo único, inciso I, da mesma Carta Política, que se filia, como se sabe, a longa tradição da República, iniciada com a Constituição de 1934 (art. 65).*
>
> *Essa vedação traduz o específico propósito de impedir que o Poder Executivo mantenha a Magistratura e o Ministério Público em torno de si, ainda que para Comissões de importância política ou econômica. É inegável que, segundo lúcida advertência da doutrina, essa regra coíbe os deletérios efeitos que os interesses partidários e as seduções do poder tendem a acarretar para as organizações judiciárias e para os agentes encarregados de fiscalizar o exercício da autoridade pública, com reflexo na isenção que deles e exigível (...)". (Documento*

anexado ao procedimento preparatório de inquérito civil público n° 1.218/200350, 5ª Promotoria de Justiça de Proteção aos Interesses Difusos e Coletivo-RJ)

Assim, o problema está em se definir se há e quais são as exceções à regra.

Exceção expressa se encontra no mesmo dispositivo da Constituição poderá o membro do Ministério Público exercer o magistério público, limitada a permissão a um único vínculo. A possibilidade de se vincular a estabelecimentos privados de ensino, bem assim os limites dessa atuação, é questão polêmica e preocupante, que, embora fuja aos limites deste pedido de providências, merecerá, por sua gravidade, as atenções deste Conselho, brevemente.

A segunda, seria a exclusão da regra dos membros do Ministério Público que foram admitidos antes da Constituição de 1988, tendo em vista a disposição do art. 29, § 3º do ADCT. Neste sentido, inclinam-se Uadi Bulos, Hugo Nigro Mazzilli, Nicolao Dino, entre outros. Há quem pense diferente.

Registro o teor da norma de transição, para melhor compreensão da hipótese. Assim dispõe:

Art. 29.

(...)

§ 3°. 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.

Há alguns meses, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Sergipe promoveu ação civil pública em face do Estado de Sergipe postulando a determinação de exoneração do Secretário de Segurança Pública daquele Estado, membro do Ministério Público sergipano (decisão divulgada no Sítio www.conjus.com.br, em 6.5.05).

A tese sustentada - e acatada pelo juízo — foi a de que o § 30, do art. 29, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal vigente, permite, tão somente, aos membros do Ministério Público, ingressos na Instituição antes da promulgação do atual Estatuto Fundamental optar pelas vantagens e garantias precedentes a ela. A opção não alcançaria as vedações estabelecidas pela nova ordem constitucional, porque, em relação a elas, a regra seria a de observância da "situação jurídica na data desta".

Nos autos da referida ação foi discutido, especialmente, o significado da

expressão "situação jurídica". Conforme relatou o juiz Edmilson da Silva Pimenta, da 3ª Vara da Justiça Federal em Sergipe,

> *"no entendimento da OAB/SE, arrimada na decisão do STF [RE 127.246-5/DF, Relator Min. Moreira Alves], a expressão situação jurídica refere-se apenas àquelas hipóteses em que se encontravam os membros do Ministério Público no momento da promulgação da Constituição, como os Secretários de Segurança Pública que já estivessem no cargo naquela ocasião".*
>
> *"Assim, uma vez exonerado da função por qualquer razão, já não pode a ela retornar, por força da proibição constitucional do exercício de cargos ou funções públicas, determinada pelo artigo 128, § 5°, inciso II, alínea "d" da Carta Magna".*

O Estado de Sergipe defendeu interpretação diferente, afirmando que,

> *"contrariamente ao que entende o Conselho autor, a exegese que viabiliza utilidade jurídica à referida regra e a que proporciona uma diferença plena – e, portanto, perene — de regime jurídico aos que formularam a opção já descrita."*
>
> *"Os integrantes do Ministério Público, ao tempo da edição da Carta Federal, não ostentavam tal vedação nos termos como hoje postos, porque assim desejava seu regime jurídico. A Constituição então vigente remetia o tema para a legislação infraconstitucional (...), Lei Complementar n° 40, de 1981 (...)".*

A Lei Complementar nº 40/81, como já registrei, autorizava (art. 42, II) o afastamento do membro do Ministério Público para "exercer outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta".

Em arremate, diz o Estado de Sergipe:

> *"Assim, aqueles veteranos do Parquet, ao optarem por permanecer sob tal sistemática, levaram consigo, futuro adiante, durante a atividade, o direito de afastar-Se para exercer outro cargo, emprego ou função, de nível equivalente ou maior, na Administração Direta ou Indireta (...). Sob outra perspectiva: adquiriram, sob permissão da própria à Ordem Constitucional, isenção quanto à vedação que sobreveio."*

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a melhor exegese para o § 3.º do art. 29, do ADCT, ao julgar o RE nº 127246/DF, cuja decisão foi ementada como abaixo transcrito:

"Recurso contra diplomação de Prefeito sob alegação de ocorrência de vedação constitucional (artigos 128, par. § 5º, II, "e", e 130 da Carta Magna) por ser o candidato eleito membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. ***Interpretação do artigo 29, § 3º , do ADCT da Constituição Federal.*** *Ao contrário do que ocorre com os juízes em geral, cujo exercício da atividade político-partidária é vedada absolutamente, por incapacidade insista à função mesma de juiz, o mesmo não sucede com os membros do Ministério Público, certo como e que a vedação que o artigo 128, II, "e", lhes impõe admite, por força mesma do texto constitucional, que a lei ordinária lhe abra exceções, o que, evidentemente, só e admissível quando não há incompatibilidade absoluta entre o exercício da função pública e o da atividade político-partidária, mas, apenas, conveniência para o desempenho daquela. Em se tratando de membro de Ministério Público, a relatividade dessa incompatibilidade e tão frágil que a Constituição não se limitou a admitir uma vedação excepcionável por lei, mas a tornou ainda mais tênue com o disposto no § 3º do artigo 29 do ADCT o qual reza: "****Poderá optar pelo regime anterior no que diz respeito ás garantias e vantagens, o membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição, observando-se, quanto as vedações, a situação jurídica na data desta". A única exegese admissível para dar sentido plausível a essa frase final desse parágrafo será a de considerar que, independentemente da opção, quanto as vantagens e as garantias a que alude a parte inicial do dispositivo, as vedações ora criadas, mesmo com relação aos que não optaram por vantagens e garantias anteriores que afastem algumas delas ou todas elas, não se aplicam de imediato, mas se devera respeitar a situação jurídica existente no momento da promulgação da Constituição enquanto ela não se extinga por força mesmo do ato inicial de que resultou.*** *Recurso extraordinário não conhecido (Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.96)". Grifei.*

Parece-me evidente que o STF interpretou o dispositivo como norma atenuadora das vedações impostas aos membros do Ministério Público, fazendo, inclusive, uma comparação com os magistrados. Além disso, afirmou, de forma clara, que a situação jurídica existente no momento da promulgação deveria ser respeitada.

De mais a mais, não custa registrar que a possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público para exercer cargo se encontrava no Capítulo VI da Lei Complementar 40/81, "Dos vencimentos, vantagens e direitos". Logo, independentemente de qual seja o significado da expressão "situação jurídica", como elemento definidor das vedações, tratando-se o afastamento para exercício de função pública de direito consagrado no regime anterior, não cabe discussão quanto à possibilidade de sua conservação, desde que manifestada a opção a que faz referência

a norma constitucional transitória, no prazo do art. 281, parágrafo único, da Lei Complementar n° 75/93.

Observo que, aqui, não se aplica o raciocínio adotado para a vedação do exercício de atividade político-partidária. É que a conservação do direito de afastamento para exercício de outra função pública não foi abalada por nova alteração do regime, no particular. Como já mencionado, a Emenda nº 45/04 não promoveu mudança no texto do art. 128, § 5º, inciso II, línea "d", da Constituição.

Naturalmente, em qualquer caso o afastamento dependerá de autorização do Chefe do Ministério Público, ouvido o seu Conselho Superior, e somente será deferido para exercício de cargo, emprego ou função de nível equivalente ou maior na Administração Direta ou Indireta, conforme disposto no art. 75 da Lei n° 8.625/93.

Anoto que há quem vislumbre no inciso IX do artigo 129 da Constituição autorização para o exercício de outras funções públicas por integrantes do *Parquet*.

Ora, o referido dispositivo acrescenta ao rol das funções institucionais do Ministério Público a de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade". Em tais hipóteses, "e o próprio Ministério Público que participa, enquanto instituição", atuando o Promotor ou Procurador como "representante do *Parquet*, e em virtude de seu cargo". Não haveria, aqui, por óbvio, afastamento das funções institucionais e "a 'participação' do representante do Ministério Público no "organismo estatal", não constituiria "outra função pública" (vedada pela Constituição), mas sim uma "função institucional, inerente ao Ministério Público, ainda que exercida de forma atípica, fora da instituição" (MP/RJ Ação Civil Pública 2003.001.012112-7).

E é nessa perspectiva que devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, C, da Lei nº 8.625/93, e 6.º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar n.º 75/93.

Em suma, a participação do Ministério Público em agências governamentais que tenham atribuições correlatas as funções da instituição, ou mesmo nos órgãos colegiados estatais constituídos para defesa de direitos e interesses à sua atuação relacionados, não pode determinar o afastamento do membro designado para representá-lo. Antes, impõe-se esteja o designado no regular exercício de suas funções institucionais. Não haverá, assim, exercício de outra função pública, senão da função ministerial.

Desnecessário será dizer que, nesses casos, o membro do Ministério Público não poderá ocupar cargo, emprego ou função no organismo para o qual foi designado, o que e expressamente proibido, como visto.

Por fim, examino as exceções fixadas por leis orgânicas estaduais, na esteira

do parágrafo único do artigo 44 da Lei n.9 8.625/93, que assim dispõe:

> *"Parágrafo único. Não constituem acumulação, para os efeitos do inciso IV deste artigo, as atividades exercidas em organismos estatais afetos a área de atuação do Ministério Público, em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público, em entidades de representação de classe e o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares."*

Em alguns Estados da Federação, as respectivas leis orgânicas do Ministério Público autorizaram, com base no dispositivo acima transcrito, o afastamento de seus membros para exercício de cargos de Ministro, Secretário de Estado, além de outros cargos de escalão inferior.

Hugo Nigro Mazzilli, na festejada obra *Regimento Jurídico do Ministério Público* (São Paulo: Saraiva), assim se manifesta sobre o tema:

> *"Constitui, pois, vedação constitucional que o membro do Ministério Público exerça outra função pública, exceto uma de magistério. Entretanto, a LONMP ainda procurou admitir a participação do Ministério Público em organismos estatais. Ora a lei não pode impunemente negar a natureza das coisas. (...)"*
>
> *Em suma, a Constituição é bem clara ao vedar que o membro do Ministério público exerça qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.*
>
> *Veda-lhe, pois, até mesmo a participação em comissões ou conselhos federais, estaduais ou municipais." Citado pelo MP/RJ na Ação Civíl Pública nº 2003.001.012112-7*

Data venia do entendimento do insigne professor, penso que a LONMP não pretendeu contrariar regra expressa da Constituição Federal, criando exceções à vedação de exercício de funções públicas pelo membro do Ministério Público.

A expressão "atividades exercidas em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público" deve ser interpretada na mesma linha do que afirmei quanto ao permissivo do art. 129, inciso IX, da Constituição, com o que haverá perfeita harmonia com a vedação constitucional. A atuação em Centro de Estudo e Aperfeiçoamento de Ministério Público não poderá configurar o exercício de outra função pública, porque ou dar-se-á pelo exercício do magistério em entidade que integra a própria estrutura do Ministério Público, ou o centro será instituição privada. As entidades de representação de classe são pessoas jurídicas de direito privado e o desenvolvimento de atividades em sua órbita não pode ser tomado por exercício de função pública. Por último, "o exercício de cargos de confiança na sua administração e nos órgãos auxiliares" é hipótese admitida por tranquila jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal, como demonstrarei adiante.

Na verdade, ao autorizarem o afastamento para exercício de outros cargos, as leis estaduais extrapolam os limites fixados pela LONMP e pela Constituição.

Diferentemente do que fez, em seu texto primitivo, a alínea "e", do inciso II, do § 5º, do art. 128 da Carta de 1988, a alínea "d" não autorizou a lei a estabelecer exceções á vedação de acumulação de funções públicas. De modo que a lei estadual não pode dispor de outro modo, no que concerne às vedações, para, mitigando-as, permitir o que a Constituição proibiu.

Não foi por outra razão que O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, julgando a constitucionalidade de dispositivos de Leis Orgânicas Estaduais, declarou a prevalência da proibição constitucional, para limitar a atuação de promotores e procuradores de Justiça ao exercício de cargo ou função de confiança na Administração Superior do próprio Ministério Público.

Assim ocorreu por ocasião do julgamento da ADI 2.084-6 (DJ 28.4.00), sendo relator o Ministro Ilmar Galvão, e, especialmente, no deferimento de medida cautelar na ADI 2534-1/MG, suspendendo a eficácia do inciso II do art. 142 da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que permitia o afastamento de membro do Ministério público para exercer cargo de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato, entendendo-o inadmissível, porque *"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"* (Pleno, Rel. Maurício Corrêa, DJ 13.6.03).

Tudo porque, como afirmou o Ministro Celso de Melo, em voto proferido na ADI 789-DF (DJ 26.2.93):

> *"O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do Governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa Instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delineia-se como fator de certeza quanto a efetiva submissão dos Poderes à lei e à ordem jurídica."*

Com amparo na argumentação desenvolvida, quanto a este tópico impõem-se as seguintes conclusões:

1. Os membros do Ministério Público foram proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

2. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

3. O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, alínea "c", da Lei n.º 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 75/93.

4. O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, nem poderia, em face da vedação constitucional. Ao autorizarem o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas, as leis orgânicas estaduais contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, voto no sentido de que este Conselho expeça ato regulamentar explicitando o alcance das vedações constitucionais objeto de exame, nos termos das conclusões apontadas neste voto, para imediato cumprimento pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, tendo em vista a competência fixada no artigo 130—A, § 2.0 e inciso I da Constituição da República.

Brasília , 20 de março de 2006.

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

Relator

RESOLUÇÃO N° 5, de 2006

Disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional.

O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição da República e com arrimo no art. 19 do seu Regimento Interno, conforme decisão plenária tomada em sessão realizada nesta data;

CONSIDERANDO as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n° 45/2004 no § 5º, inciso II, e, à do artigo 128 da Constituição da República.

CONSIDERANDO o teor do § 5º, inciso II, alínea "d", do art. 128 da Constituição de 1988, em sua redação original.

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer parâmetros definitivos para O exercício de atividade politico-partidária e de qualquer outro cargo público por membro do Ministério Público Nacional.

RESOLVE:

Art. 1º Estão proibidos de exercer atividade político-partidária os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda nº 45/2004.

Art. 2º Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

Parágrafo único. A vedação não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior.

Art. 3º O inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, c, da Lei nº 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2. º à da Lei Complementar n. º 75/93.

Art. 4º O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente.

Parágrafo único. As leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do Ministério Público para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Os membros do Ministério Público afastados para exercício de cargo público que não se enquadrem na hipótese do parágrafo único do art. 2º deverão retornar aos órgãos de origem, no prazo de 90 dias.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 20 de março 2006.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA
Presidente do CNMP

AFASTAMENTO DO CARGO PARA O EXERCÍCIO DE OUTRAS FUNÇÕES PÚBLICAS.

PROCESSO Nº 0.00.000.000295/2011-85
RELATORA: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS
PROPONENTES: CONSELHEIROS CLAUDIA MARIA DE FREITAS CHAGAS E CLÁUDIO BARROS DA SILVA
OBJETO: PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 5

EMENTA

Com a revogação dos arts. 2º, 3º e 4º. Possibilidade de afastamento de membro do Ministério Público que ingressou na carreira após a CF/88 para exercício de cargo público.

1. Interpretação sistemática do art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" e do art. 129, inciso IX, da Constituição Federal. Não há vedação para que o membro exerça outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem, pois o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público. É possível o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

2. A autorização para o exercício de outro cargo aos membros que ingressaram antes de 05.10.88 e a vedação para os que ingressaram após tal data fere o princípio da igualdade. Discriminação sem fundamento razoável.

3. Existência de forte controvérsia e interpretações diversas na doutrina. Possibilidade de futura alteração na compreensão do tema, tanto no âmbito judicial quanto na doutrina. Inconveniência da edição de ato normativo que restringe direitos em questão de interpretação polêmica.

4. A concessão ou denegação de afastamento de membro para exercício de outra função pública é passível de revisão por este Conselho, no exercício de sua competência de controle administrativo, ou pelo Poder Judiciário. Análise a ser feita caso a caso, diante de alegação de violação à ordem jurídica, sendo desaconselhável a manutenção da norma regulamentar.

5. Revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2011.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, o Conselho, por maioria, decidiu pela revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05/2006, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Almino Afonso e Mario Bonsaglia que decidiam por manter a resolução na sua integralidade e os Conselheiros Adilson Gurgel e Taís Ferraz que decidiam pela revogação do referido ato normativo.

Brasília, 15 de junho de 2011.

CLAUDIA CHAGAS
Relatora

RELATÓRIO

Na sessão de 22 de fevereiro do corrente ano foram apresentados dois projetos de alteração da Resolução CNMP 5, a qual disciplina o exercício de atividade político-partidária e de cargos públicos por membros do Ministério Público Nacional.

Ambas as propostas estão restritas à questão da possibilidade de membro do Ministério Público ocupar cargo público fora da carreira.

É o seguinte o teor da primeira proposta, de autoria desta Relatora:

RESOLUÇÃO Nº , de 2011

Revoga os arts. 2º a 4º da Resolução CNMP nº 5/2006, de 20 de março de 2006.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no art. 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição Federal e, com fundamento no art. 19 de seu Regimento Interno, conforme decisão plenária tomada em sessão realizada nesta data;

CONSIDERANDO que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" e art. 129, inciso 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;

RESOLVE

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.

O segundo projeto de Resolução, da autoria do i. Conselheiro Claudio Barros, tem o texto que se segue:

RESOLUÇÃO Nº , de 2011

Altera a Resolução nº 5, de 20 de março de 2006.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, *no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição da República, e pelo artigo 19 do Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária tomada em sessão realizada nesta data;*

RESOLVE:

Art. 1º *O art. 3º da Resolução nº 5, de 20 de março de 2006, passa a viger com a seguinte redação:*

"Art. 3º Os membros do Ministério Público poderão exercer outras funções compatíveis com a finalidade da instituição, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º São compatíveis, para os fins do caput, as funções relativas à promoção da justiça, dos direitos humanos, da cidadania e da segurança pública, bem como à fiscalização e ao controle da gestão administrativa e financeira do Estado, exercidas nas esferas federal e estadual, em cargo de status equivalente ao de membro do Ministério Público.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público exercerá o controle das compatibilidades temáticas e hierárquicas, previstas no §1º.

§ 3º O afastamento de membro do Ministério Público é de comunicação compulsória à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo improrrogável de cinco dias, contados da data de publicação do ato do Procurador-Geral."

Art. 2º *São revogados os arts. 4º e 5º da Resolução nº 5, de 20 de março de 2006.*

Decorrido o prazo regimental, estão as propostas aptas para a apreciação deste colegiado.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente cumpre destacar que as duas propostas apresentadas consideram possível o afastamento de membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público, diante da observância de requisitos específicos.

O que diferencia os projetos é que o primeiro, de autoria desta Relatora, propõe a revogação dos arts. 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2006, enquanto o segundo, da autoria do e. Conselheiro Cláudio Barros, altera a redação dos arts. 2º e 3º e a revogação dos arts. 4º e 5º para permitir o exercício de outras funções nas condições que estabelece, bem como criar mecanismo de controle por parte deste CNMP.

Ao apresentar a justificativa para a proposta de revogação de dispositivos da Resolução nº 5/2006 argumentei, em síntese, que a interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" e art. 129, inciso IX, da Constituição Federal nos leva à conclusão de que não há vedação para que o membro do Ministério Público exerça outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem. De acordo com o e. constitucionalista José Afonso da Silva e parte da doutrina, o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público.

Além disso, ponderei que a Resolução nº 5/2006 viola o princípio da igualdade, pois trata de forma diversa integrantes de uma mesma carreira, deferindo mais direitos a uns do que a outros, sem fundamento razoável para a discriminação. Por fim, ponderei a inconveniência da manutenção de ato regulamentar restringindo direitos em matéria tão controvertida.

No encaminhamento de sua proposta, o i. Conselheiro Cláudio Barros faz considerações sobre a possível contradição entre o artigo 128, § 5°,inciso II, alínea "d", da Constituição Federal, o qual contém a vedação ao membro do Ministério Público do exercício de outra função pública a não ser uma de magistério com o art. 129, inciso IX, da Carta que, ao estabelecer as funções institucionais do Ministério Público dispõe que seus membros poderão "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas." Cita, ainda, o entendimento do Professor José Afonso da Silva.

Diante dessa possível contradição de normas constitucionais, entende o e. Conselheiro ser necessária a alteração da Resolução n° 5. Propõe, assim, a alteração do texto da Resolução CNMP nº 5/2006 para que os membros do Ministério Público possam exercer outras funções públicas compatíveis com a finalidade da instituição, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Pretende, ainda, ver declarado por este Conselho quais são as funções compatíveis, elencando as relativas à promoção da justiça, dos direitos humanos, da cidadania e da segurança pública, bem como à fiscalização e ao controle da gestão administrativa e financeira do Estado, exercidas nas esferas federal e estadual, em cargo de status equivalente ao de membro do Ministério Público.

Por fim, entende o autor da proposta que o CNMP deve exercer o controle das compatibilidades temáticas e hierárquicas previstas, propondo que o afastamento de membro do Ministério Público passe a ser de comunicação compulsória à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo improrrogável de cinco dias, contados da data de publicação do ato do Procurador-Geral.

Delimitados os dois projetos existentes, cumpre a este Conselho deliberar se é conveniente a alteração da Resolução nº 5/2006 e, em caso positivo, optar se declara possível o afastamento de membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público e regulamenta a hipótese, ou se apenas revoga os dispositivos que o vedavam, deixando a análise para cada caso concreto.

Após analisar atentamente todos os argumentos e aspectos que envolvem a questão, esta Relatora mantém o entendimento anterior, no sentido de é conveniente a revogação dos dispositivos que hoje regem a matéria (arts. 2º a 4º da Resolução nº 5/2006), pelos fundamento que se passa a expor.

Das razões para a revogação dos arts. 2º a 4º da Resolução nº 5/2006

A possibilidade de afastamento de membro do Ministério Público que ingressou na carreira após a Constituição de 1988, para ocupar outro cargo público vem, ao longo dos anos, gerando grande controvérsia.

Este Conselho, em 20 de março de 2006, editou a Resolução nº 5, segundo a qual é vedado ao membro que ingressou após a Constituição Federal de 1988 o afastamento da carreira para o exercício de outra função pública. Trata-se de interpretação do art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" da Constituição Federal.

Há, contudo, forte corrente que adota o entendimento oposto, sustentando que o art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" da Constituição Federal deve ser interpretado de forma sistemática, levando em conta o teor do art. 129, inciso IX, da Lei Maior. Assim, não haveria vedação para que o membro exercesse outra função pública, desde que afastado de suas atribuições na instituição de origem, pois o que a Constituição Federal proíbe é apenas o exercício concomitante do cargo no Ministério Público com outro cargo público.

Conforme é do conhecimento de todos, o tema já foi objeto de decisões no Supremo Tribunal Federal, embora não tenha havido a apreciação do mérito em todos eles. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2534/MG, 3838/DF, 3839/MT e o MS 26325/DF aguardam julgamento de mérito. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2836/RJ foi julgada improcedente. A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2084/SP foi julgada parcialmente procedente. O RE 218.514/RN não foi conhecido. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3298/ES e 3574/SE foram julgadas procedentes em 10.05.07 e 16.05.07 respectivamente (Plenário). Por fim, o Mandado de Segurança 26.595/DF foi denegado em 07.04.10.

Nos três últimos feitos referidos, o Supremo Tribunal Federal manifestou o entendimento segundo o qual apenas os membros do Ministério Público que ingressaram na carreira antes da Constituição Federal de 1988 podem ter autorizado o seu afastamento para exercer outra função pública fora da instituição. Aos demais só seria permitida a ocupação de cargos na Administração do próprio Ministério Público.

O tema em discussão, portanto, apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é ainda é demasiado controverso, gerando polêmica e interpretações diversas no âmbito administrativo e na doutrina. São, inclusive, recorrentes os pedidos, bem como decisões contraditórias no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A própria Resolução nº 5/2006 é fruto de acalorados debates e inúmeras divergências neste Plenário, em composição anterior, o que demonstra a complexidade da questão e coloca em dúvida a conveniência da regulamentação da matéria por parte

deste Conselho Nacional.

Assim sendo, considerando a possibilidade de futura alteração na compreensão do tema, tanto no âmbito judicial como administrativo, como é da natureza das questões jurídicas, proponho uma nova reflexão deste Colegiado, à luz de argumentos diversos, bem como a revogação dos arts. 2º a 5º da Resolução nº 5.

A proposta está fundamentada em três aspectos distintos: a interpretação sistemática das normas constitucionais, o princípio da igualdade e a conveniência de normatizar o tema neste CNMP.

1. A interpretação sistemática dos arts. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" e art. 129, insico IX da Constituição Federal.

A leitura literal do art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal, de fato, pode levar a crer que há proibição de que os membros do Ministério Público exerçam outra função pública, salvo uma de magistério. Tal norma encontra-se inserta no rol de vedações aos integrantes da carreira.

Ocorre que análise de tal dispositivo em conjunto com o art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, contudo, leva à conclusão oposta, tendo em vista a previsão do exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Assim, compreende-se que, apesar de ser inadmissível o acúmulo de funções, é possível o exercício de uma função pública por integrante do Ministério Público, após o afastamento da outra, na origem.

Tal interpretação encontra amparo, ainda, na legislação infraconstitucional. A própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), que foi editada na vigência da atual Constituição Federal, em seu art. 44, que contém o rol de vedações aos membros do Ministério Público, declara no parágrafo único que não constitui acumulação a atividade exercida em organismos estatais afetos à área de atuação do Ministério Público. O art. 53, inciso VI, da mesma lei faz, inclusive, referência à realização de atividade de relevância para a instituição. No mesmo sentido é o texto do art. 170 da Lei Complementar Estadual paulista 734/93.

A interpretação sistemática das normas constitucionais citadas é abordada com muita precisão pelo Professor José Afonso da Silva, em parecer jurídico emitido no Mandado de Segurança 29.144/01, onde se discutia a possibilidade de afastamento do Promotor de Justiça Ronaldo Porto Macedo Junior, integrante do Ministério Público de São Paulo, para exercer o cargo de Conselheiro do CADE (fls. 197/201).

O eminente constitucionalista, ao analisar a matéria, afasta a interpretação

literal do art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d" e propõe sua harmonização com o art. 129, inciso IX, da Constituição Federal. Segundo o autor, a vedação constante do art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d", não é absoluta. A amplitude e os limites do campo de sua atuação só podem ser compreendidos em face de outras normas constitucionais, como o inciso IX do art. 129, que inclui, dentre as funções institucionais do Ministério Público, o exercício 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.

Prossegue José Afonso da Silva:

> *"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 da 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 inciso II do § 5º do art. 1 8 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 inciso 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 inciso II do art. 128 e inciso 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, inciso 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:

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 inciso 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."

Conforme foi dito, portanto, é correto afirmar que a Constituição, no que se refere ao membro do Ministério Público, veda o exercício concomitante de duas ou mais funções públicas, com exceção do magistério, mas não veda o exercício de outra função pública se houver prévio afastamento da instituição, mesmo no que se refere aos membros que ingressaram após a Constituição Federal de 1988.

Ao provocar uma nova análise do tema por este Colegiado, o que se pretende é uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais indicados, buscando-se a unidade do sistema jurídico e não a leitura isolada de textos. É a opção por valorizar e buscar a finalidade da norma, por atribuir-lhe um propósito, reconhecendo que o discurso jurídico não cumpre uma função meramente descritiva, mas também diretiva. O CNMP pode e deve evitar a tendência de atribuir à linguagem uma função meramente descritiva, de buscar em cada termo ou argumento significados fixos e invariáveis ante qualquer situação. O que se propõe é justamente o oposto, é localizar a norma em seu contexto.

Há que se refletir se é de fato razoável e imprescindível ao interesse público compreender-se o Ministério Público como uma instituição que precisa se isolar, que tem medo que seus membros, ao exercerem funções no Poder Executivo, possam se "contaminar" e comprometer a imparcialidade e independência da instituição.

Convites a Promotores e Procuradores para assumir altas funções públicas no Poder Executivo federal ou estadual são corriqueiros. Há muito tempo Presidentes da República, Governadores e Ministros de Estado demonstram confiança nos membros do Ministério Público e solicitam sua colaboração no planejamento e na execução de políticas públicas de grande importância para a sociedade brasileira. Buscam nos integrantes da carreira não só a capacidade técnica, o conhecimento profundo de temas relevantes, mas também a conduta ética que os caracteriza.

Ao autorizar o afastamento de um membro para exercer cargo elevado no Governo Federal ou Estadual, o Ministério Público não está se colocando em uma situação de submissão, de subordinação. De forma contrária, está contribuindo para o aprimoramento das políticas públicas. O membro se afasta e a instituição permanece íntegra e autônoma para o cumprimento de suas funções constitucionais.

É neste contexto, pois, que devem ser interpretadas as normas constitucionais.

Por fim, não resta dúvida de que à autorização para o afastamento em tais casos deve preceder criteriosa análise do Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Conselho Superior. Deverão ser considerados diversos aspectos, dentre os quais a estatura do cargo almejado, a relevância e a relação das funções a serem exercidas com

as finalidades do Ministério Público.

Diante dos argumentos aduzidos, conclui-se, com o devido respeito, que a atual interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal e por este CNMP, não é a melhor, nem a única possível ou razoável. Uma interpretação sistemática, que não se restrinja a uma leitura isolada da alínea "d" do inciso II do parágrafo 5º do art. 128 da Constituição Federal, nos leva a conclusão diversa da que originou a Resolução nº 5/2006.

De qualquer forma, mesmo aqueles que não são adeptos da interpretação que ora se sustenta hão de reconhecer que a existência de duas interpretações razoáveis e fundamentadas é suficiente para recomendar a não expedição de ato regulamentar de consequências tão graves, que constituem restrição de direitos.

2. O princípio da igualdade

Há também outro argumento relevante a justificar o reexame da Resolução nº 5/2006. É que a interpretação deste Conselho, no sentido de que os membros que ingressaram antes de 1988 podem exercer cargos e os demais não, fere o princípio da igualdade.

Sobre o tema discorre com clareza o Promotor de Justiça Marcelo Mendroni, do Ministério Público de São Paulo, em texto intitulado "Ministério Público: Exercício de Cargos Fora da Carreira e Princípio da Igualdade[1] " .

Analisando a vedação contida no art. 128, inciso II, alínea"d" e o art. 29 do ADCT, o autor argumenta que o entendimento hoje traduzido na Resolução nº 5/2006 não é o melhor, pelas seguintes razões:

> *"Em primeiro lugar é preciso interpretar, de forma mais lógica, o próprio dispositivo constitucional: exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Ele estabelece, sem dúvida, que o membro do Ministério Público pode exercer outra função pública – uma de magistério. E não exige que, para isso, esteja afastado da carreira. É possível, pois, ocupar ambos os cargos de uma só vez, o que ocorre freqüentemente, em todo o país. Assim, refere que é possível, e somente em um caso, o membro do Ministério Público, ocupar dois cargos públicos, de uma só vez, sendo uma correspondente à das funções de Promotor de Justiça, e a outra, necessariamente, de magistério. Mas o dispositivo, s.m.j., não parece pretender vedar que, uma vez afastado das funções de Ministério Público, exerça outra função pública.*

1- In www.investidura.com.br/bibliotecajuridica/artigos/direito-constitucional/4246

Explica-se pela lógica da interpretação constitucional, aliada à aplicação do Princípio da igualdade e da proporcionalidade constitucional.

Ninguém discute, em primeiro lugar, que a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a serem eliminadas eventuais "contradições". Esse é, aliás, o ensinamento mais básico da lógica interpretativa, conforme ensina J.J. Gomes Canotilho: "O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios". (D. Constitucional. Almedina, Coimbra, 1993, págs. 226/227).

A par desse conceito, torna-se necessário interpretar aquela norma de "vedação" ao membro do Ministério Público, à luz do princípio básico da igualdade.

Sem pretender esmiuçar o conceito, depreende-se que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualam. O que se deve fixar não é exatamente à igualdade perante a lei, mas o direito à igualdade mediante a eliminação das desigualdades.

Segundo o próprio J.J. G. Canotilho, "o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. O arbítrio da desigualdade seria condição necessária e suficiente da violação do princípio da igualdade. Embora ainda hoje seja corrente a associação do princípio da igualdade com o princípio da proibição do arbítrio, este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar já, no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das relações de igualdade ou desigualdade. Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável". (ob. Cit. Pág. 565).

Também nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello: "Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: se o tratamento diverso outorgado a uns for 'justificável', por existir uma 'correlação lógica' entre o 'fator de discrímen' tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade, se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos

houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade." (Princípio da Isonomia: Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas, em - Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993, p. 81/82).

Pois bem. Parece tornar lógica a interpretação de que, podendo ser autorizado o afastamento da carreira, do membro do Ministério Público que ingressou antes da C.F. de 1988, também o poderá, nos mesmos termos e condições, aquele que ingressou após do advento da Constituição, isso por pura aplicação do princípio da igualdade.

Com efeito, não é possível interpretar que o promotor que ingressou antes da Constituição de 1988 tenha "mais direitos" do que o que ingressou posteriormente. Isso seria tratar de forma desigual aos iguais. São membros de uma mesma carreira. A lógica da interpretação da Constituição é dar tratamento exatamente igual a todos os membros da instituição, sob pena de violação de princípio democrático basilar estabelecido no texto constitucional.

Mas, aliás, não parece ter sido mesmo esse o intuito. A constituição nunca pode ser interpretada de forma "literal", devendo-lhe se aplicar interpretação lógica e sistemática, mesmo no que pertine ao ADCT. Note-se que no referido artigo 21 refere-se expressamente a : "[...] mantidas as competências, prerrogativas, e restrições da legislação a que se achavam submetidas [...]. Já o texto do artigo 128 refere a expressão vedações. São expressões que, de fato, alcançam circunstâncias diversas. Restringir é apenas diminuir a menor campo de aplicação. Vedar é proibir totalmente. Se o ADCT assim o quisesse, teria especificado o mesmo termo – vedações, e não o fez, sinalizando não se referir aos tópicos previstos no dispositivo – art. 128 (observe-se que também no art. 95 parágrafo único utiliza-se o termo: Aos juízes é vedado...). Mas não é só. É lição de José Afonso da Silva, interpretando o princípio da igualdade formal: "A justiça formal consiste em 'um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devam ser tratados da mesma forma'. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal". (Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª Ed. Malheiros Editores, pág. 212). E também Marino Pazzaglini Filho: "A norma constitucional trata da igualdade formal, ou seja, a igualdade perante o ordenamento jurídico; igualdade de tratamento jurídico para situações iguais de direitos ou obrigações". (Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública. Ed. Atlas, pág. 37).

Inconcebível, portanto, entender que o promotor que ingressou na carreira antes da CF/88 tenha mais ou menos direitos e/ou obrigações do que aqueles que ingressaram posteriormente. Uns são tão membros do Ministério Público quanto os outros, e dar-lhes tratamento diferenciado seria deferir mais direitos a uns do que aos outros, em razão do momento do ingresso no tempo. Não pode mesmo ser (i) fundamento sério; (ii) ter um sentido legítimo; e tampouco (iii) estabelecer diferenciação jurídica como fundamento razoável". Temerário estabelecer diferenciação de tal monta, justamente no seio da instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, e do regime democrático.

A Constituição Federal veio para sedimentar o processo democrático no Brasil, fixando os valores para que enraizado estejam na consciência do povo e na aplicação do direito. Enfim, não vejo, data venia, outra saída. Se uns podem, os outros também podem. O tratamento igualitário é inafastável."

Assim sendo, também sob a ótica do princípio da igualdade há que se questionar a Resolução nº 5/2006. Além dos precisos argumentos do ilustre Promotor de Justiça Marcelo Mendroni, saliento a forma vaga como vem sendo usada a afirmação de que a vedação ora discutida não alcança os que integravam o *Parquet* em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior. O que é precisamente opção pelo regime anterior? Quais as consequências da opção? Seriam eles beneficiados apenas com a inexistência de vedações ou teriam, como contrapartida, um número menor de garantias? Quais normas são a eles aplicáveis?

Creio que, caso a Resolução nº 5/2006 permaneça intacta, faz-se necessário, no futuro próximo, o enfrentamento destas questões pelo Colegiado.

3. Da inconveniência da manutenção da Resolução CNMP nº 5/2006

Diante de todos os argumentos expostos, verifica-se não ser conveniente a manutenção de ato regulamentar explicitando o alcance das vedações constitucionais em matéria tão controvertida. Existem hoje interpretações conflitantes com relação à possibilidade de afastamento do membro do Ministério Público que ingressou na carreira após 5 de outubro de 1988, para o exercício de função pública. Sabe-se que, com o passar do tempo, a reflexão sobre novos argumentos e a alternância na composição dos colegiados, entendimentos já consagrados sofrem alterações, dando lugar a novas interpretações.

É certo que o CNMP, com fundamento no art. 130-A da Constituição Federal, pode expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência. Tratando-se, contudo, de tema de alta complexidade e de consequências gravosas aos direitos e garantias individuais, impõe-se uma avaliação mais rigorosa da conveniência de normatizar a matéria.

Se de um lado há quem sustente que a Resolução nº 5/2006 emana diretamente da Constituição Federal e que a vedação e a discriminação são justificáveis, de outro estão aqueles que interpretam as normas constitucionais de forma diversa, não vislumbrando qualquer proibição.

Portanto, diante da controvérsia, entendo desaconselhável a imposição pelo Poder Público, no caso o CNMP, de tais restrições na esfera jurídica dos membros

do Ministério Público. O exercício do poder regulamentar, neste caso, parece-me especialmente inconveniente.

Por fim, é de se lembrar que os atos administrativos relativos ao tema, ou seja, de concessão ou denegação de afastamento de membro para exercício de outra função pública, poderão sempre ser revistos por este Conselho, no exercício de sua competência de controle administrativo, ou pelo Poder Judiciário. A análise, contudo, se fará caso a caso, diante de alegação de violação à ordem jurídica, sendo desaconselhável a manutenção da norma regulamentar.

Assim sendo, apresento ao Plenário proposta de Resolução que revoga os arts 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 5/2011, conforme o texto anexo.

Brasília, 17 de maio de 2011.

CLAUDIA CHAGAS

Relatora

Exercício da advocacia.
Membros do MP admitidos antes da CF de 1988.

PROCESSO Nº 0.00.000.000071/2005-25
RELATOR: CONSELHEIRO GASPAR VIEGAS
INTERESSADA: LEONARDO LUIZ DE FIGUEIREDO COSTA
OBJETO: Exercício da advocacia por membros do Ministério Público.

EMENTA

Advocacia. Membros do Ministério Público admitidos antes da Constituição Federal de 1988. Opção de que trata o § 3° do art. 29 do ADCT e inscrição na OAB. Possibilidade. Impedimentos e Vedações. Emenda Constitucional 45/2004. Edição de Resolução. Somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, esses não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, vencidos os Conselheiros Ricardo César Mandarino Barreto, Luiz Carlos Lopes Madeira, Hugo Cavalcanti Melo Filho e Saint'Clair Luiz do Nascimento Júnior, que entendem, nos termos do voto-vista, que a norma de transição do 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988 foi revogada pela Emenda constitucional 45/2004, decidir, nos termos do voto do Relator, pela expedição de resolução, especificando que somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, e que, além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, esses não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do

Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (Ministérios Públicos dos Estados e da União).

Brasília, 08 de maio de 2006.

GASPAR VIEGAS
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento autuado como pedido de providências, em que o Procurador da República Leonardo Luiz de Figueiredo Costa requer posicionamento deste Conselho às seguintes indagações:

1- PERSISTE A POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PELOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 45/04?

2 - CASO A RESPOSTA DO ITEM ANTERIOR SEJA AFIRMATIVA, QUAL A DELIMITAÇÃO DA POSSIBLIDADE DESTE EXERCÍCIO DE ADVOCACIA?

Argumentado contrariamente ao primeiro questionamento e sugestivamente quanto ao segundo, o requerente apresentou a seguinte manifestação:

> *"Sem embargo de entendimentos contrários, entendo que não mais subsiste a possibilidade de exercício da advocacia por nenhum membro do Ministério Público, o que ensejaria a manifestação do Conselho Nacional em estabelecer tal vedação expressamente, no exercício de seu poder correicional.*
>
> *O art. 29, §3°, da ADCT ao estabelecer os direitos de opção entre regimes jurídicos fixou um paradigma de respeito ao estatuto jurídico vigente à época da promulgação da Constituição Federal.*
>
> *Entretanto, não quis assegurar expressamente o direito ao exercício da advocacia (embora este fosse um dos elementos do regime jurídico anterior).*
>
> *Trata-se de uma norma de exceção, pois como se sabe não há direito adquirido a regime jurídico.*
>
> *Além disso, o Supremo Tribunal Federal já relativizou, ao apreciar a reforma da previdência (EC 41/03) a imutabilidade dos chamados direitos adquiridos.*

Assim: a) não existe direito adquirido a regime jurídico; b) não existe direito adquirido a exercer a advocacia.

Seguindo esta linha de raciocínio a emenda Constitucional n° 45/04 estabeleceu a vedação de advocacia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, até o decurso do prazo de três anos, junto ao juízo ou tribunal perante ao qual este oficiava, ex vi do art. 95, inciso V e art. 128, §6, da CF.

Evidentemente, a possibilidade de escolha do regime jurídico anterior não ultrapassa os limites da nova determinação constitucional sobre a matéria e, veja-se, não há sentido na determinação de vedação de advocacia (quarentena) após o exercício do cargo, e ao mesmo tempo permiti-la durante o exercício do cargo.

Nem se diga que a norma somente se aplica aos membros do Ministério Público integrantes da carreira após 1988. É de notório conhecimento que a reforma do judiciário tem aplicação a todos os membros do Parquet, inclusive quando às novas vedações e a submissão ao Conselho Nacional e seus novos poderes.

Além disso, ao contrário do texto anterior (que nasceu com a ressalva da norma de transição) e dos art. 28, inciso II e art. 83, da Lei n° 8.906/94 não foi feita qualquer ressalva ao regime jurídico anterior.

Note-se, no mesmo sentido, que é vedada a atividade político-partidária por qualquer membro do Ministério Público (ao contrário da redação anterior que possibilitava a filiação do membro do Ministério Público à partido político), a atual redação constitucional trazida pela Emenda Constitucional n° 45/04 impede o exercício de atividade político-partidária, sem fazer qualquer exceção.

Assim, estaria abrangida a vedação de advocacia nos mesmos moldes da vedação de filiação a partidos políticos. Observe-se que o Egrégio TSE já decidiu que os membros do Ministério Público estão sujeitos ao mesmo regime dos magistrados, no tocante às atividades políticas, após a EC 45/04 .

(...)

Embora discorde completamente da possibilidade da advocacia pelo membro do Ministério Público, caso este Egrégio Conselho assim não entenda, faz-se necessário fixar os limites ao exercício desta atividade privada.

Como se sabe, o Estatuto da Advocacia em seu art. 83, prevê a possibilidade do membro do Ministério Público exercer a advocacia, nos casos do art. 29, §3°, da ADCT (dispositivo legal que entendo sem eficácia diante da EC 45/04).

Porém, não estabeleceu parâmetros específicos para o exercício da advocacia para os membros do Ministério Público, apesar de haver fixado critérios gerais.

Nesse sentido dispõe o art. 30, inciso I, da Lei n° 8.906/94:

"Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direita, indireta e fundacional contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;"

Assim, estariam impedidos os membros do Ministério Público de advogarem em qualquer causa em detrimento da Fazenda que os remuneram ou em que fosse parte o próprio Ministério Público (ações penais, inquéritos policiais e Comissões Parlamentares de Inquérito que versem acerca de crimes sujeitos à persecução criminal Federal, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa da competência da justiça federal, entre outros).

Desta forma, considerando urgente a necessidade de regulamentação pelo E. Conselho Nacional do Ministério Público e a delimitação do novo papel constitucional do Parquet e das vedações às quais se submetem seus membros, solicito a este órgão constitucional que edite resolução acerca do exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público".

Recebi, para análise de eventual conexão, os autos do Processo CNMP n° 0.00.000.000088/2005-82, tendo nele proferido despacho determinando o apensamento, sob o entendimento de que têm o mesmo objeto.

Este relator oficiou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, solicitando informar qual o posicionamento do Chefe do MPU sobre o tema, bem como a eventual existência de normatização interna específica. Ainda, foi oficiado às associações de classe dos diversos ramos do MPU, à CONAMP e aos Conselhos Nacionais de Corregedores-Gerais e de Procuradores-Gerais, solicitando posicionamento a respeito. As respostas estão nos autos e foram as seguintes:

"1. Ministério Público Federal — oficio do Exmo. Sr. Corregedor-Geral informando que há na instituição 123 (cento e vinte e três) membros que, querendo, podem advogar, estando ainda apurando os que efetivamente o fazem;

2. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – oficio da Procuradoria-Geral informando que, dos 37 (trinta e sete) membros que entraram na Instituição antes da CF/88, apenas um fez opção pelo regime jurídico anterior;

1.TSE, resolução n. 22.015, de 17,5.2005, consulta n" 1.148/DF, relator: Ministro Caputo Bastos.

2.Embora esta menção não seja expressa (pois não se aplicaria a nenhum outro advogado em geral), podemos compreendê-la sistematicamente, uma vez que somente o Ministério Público exerce a ação penal pública privativamente (art. 129, inciso I, da CF). Não poderia o membro do Ministério Público advogar contra o Ministério Público.

3. Ministério Público Militar — ofício da Procuradoria-Geral informando que, dos membros que realizaram a opção, apenas 04 (quatro) exercem a advocacia;

4. Ministério Público do Trabalho — ofício informando o nome dos 43 (quarenta e três) membros que fizeram a opção constitucional, dos quais 04 (quatro) dela se retrataram, com observação de que não há informação individualizada de quantos efetivamente exercem a advocacia;

5. Associação Nacional do Ministério Público do Trabalho —ofício informando entendimento da diretoria da entidade no sentido de que a EC 45/2004 não introduziu novidades no tratamento da matéria."

Os demais não responderam, sendo que os autos somente vêm agora a Plenário em face da tentativa do relator em obter tais respostas, sendo que a última veio aos autos em 05 de abril do corrente ano (MPT).

É o relatório.

VOTO

Conheço o pedido de providências, pois trata de matéria afeta às atribuições deste Conselho Nacional.

O questionamento é dividido em dois pontos, ou seja, se o advento da Emenda Constitucional 45/2004 passou a impedir o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério Público que se utilizaram das disposições do § 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988 e, em caso positivo, quais os limites - ou impedimentos - de tal exercício.

Enfrentando o primeiro questionamento, entendo que a Emenda Constitucional 45/2004 não trouxe novidade ao tema, em nada modificando a situação dos membros do Ministério Público que, por força do permissivo constitucional do § 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, podem exercer a advocacia.

Com efeito, a Emenda Constitucional n° 45/2004, no que tange à advocacia, não fez qualquer referência ao citado dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo que pudesse ser entendido que o estaria revogando.

A única novidade sobre o tema (advocacia) veio na redação dada ao inciso V do parágrafo único do art. 95, aplicável ao Ministério Público por força do § 6° do art. 128, nos seguintes termos:

"Art. 95(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

(...)

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração."

É evidente que a nova redação, trazendo à Constituição a denominada "quarentena", somente se aplica, após a exoneração ou aposentadoria, aos membros que já não podiam advogar por força da vedação constitucional genérica, vigente desde a promulgação da Constituição de 1988 (art. 128, § 5°, inciso II, alínea "b"). Não há que se falar em "quarentena" para quem já possui tal direito, que em nada é afetado com o desligamento, por aposentadoria ou exoneração.

Ressalte-se, por fim, que a legislação federal posterior à CF/88 reconheceu o direito de advocacia daqueles que optaram pelo regime anterior, conforme redação do art. 83 da Lei 8.906/94 Estatuto da OAB), nos seguintes termos:

"Art. 83. Não se aplica o disposto no art. 28, inciso II, desta Lei, aos membros do Ministério Público que, na data de promulgação da Constituição, se incluam na previsão do art. 29, § 3°, do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

Por sua vez, o art. 28, inciso II, da citada lei, assim dispõe:

"Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:
I - (...)
II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público .... "

Por tais razões, voto no sentido de que este Conselho afirme que a EC nº 45/2004 não inovou no que tange ao direito de exercício da advocacia aos membros que o fazem com base no § 3° do art. 29 do ADCT da CF/88.

Quanto ao segundo questionamento, outra é a solução.

Com efeito, entendo que a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe consigo nova espécie de impedimento para os membros do Ministério Público que exercem a advocacia. Explico: a reforma constitucional, ao criar o Conselho Nacional do Ministério Público[1], reconheceu à instituição uma nova característica. Temos hoje o

[1] *"Art 130-A, O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros no meados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:*
I - o Procurador-Geral da República, que o preside;
II - quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;
III - três membros do Ministério Público dos Estados;
IV - dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;
V- dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

que podemos chamar de Ministério Público Brasileiro.

O Conselho Nacional do Ministério Público é órgão máximo e vem para conferir unidade de governo ao Ministério Público nacional. Com a promulgação da Constituição de 1988 já se tinha a noção de um Ministério Público brasileiro. No entanto, faltava um órgão que desse sentido material a essa unidade. Agora, essa noção fica muito mais visível com a criação deste Conselho Nacional e pode-se afirmar que o Ministério Público é nacionalmente organizado.

Então, se temos hoje esta nova configuração constitucional do Ministério Público, controlado nacionalmente por um único órgão (CNMP), não é possível que entendamos normais situações processuais em que se deparem Ministério Público contra Ministério Público, estando um deles atuando como advogado.

Há um evidente choque de interesses, notadamente quando se tratar de ação penal pública, que é exercida privativamente pelo Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF). Nestes casos, a solução do conflito deve se dar em face do interesse público, surgindo de tal raciocínio o imperativo de que se reconheça que existe, pelo menos a partir da EC 45/2004, um novo impedimento no exercício da advocacia por membro do Ministério Público.

Por sua vez, a Lei 8.906/94, no seu art. 30, inciso I, assim disciplina o único (até aqui) impedimento expresso de exercício de advocacia aplicável aos membros do Ministério Público que podem fazê-lo:

> *"Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:*
> *I - os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;"*

Então, para dar concretude aos novos ditames da EC 45/2004, no que tange ao caráter nacional do Ministério Público, submetido que é a um único órgão maior de controle administrativo, financeiro e disciplinar (CNMP), voto no sentido de que seja expedida resolução explicitando que:

> *"Art. l°. Somente poderão exercer a advocacia com respaldo no § 3° do art. 29 do ADCT da Constituição de 1988, os membros do Ministério Público que integravam a carreira na data da sua promulgação e que, desde então, permanecem regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil.*

Art. 2°. Além dos impedimentos e vedações previstos na legislação que regula o exercício da advocacia pelos membros do Ministério Público, estes não poderão fazê-lo nas causas em que, por força de lei ou em face do interesse público, esteja prevista a atuação do Ministério Público, por qualquer dos seus órgãos e ramos (MinistérioS Públicos dos Estados e da União).”

É o voto.

Brasília, 08 de maio de 2006.

GASPAR VIEGASCARI
Relator

VOTO - VISTA

O resumo do requerimento encontra-se muito bem posto no voto do ilustre Relator, Conselheiro Gaspar Viegas.

Ao contrário do entendimento do eminente Relator, penso que a resposta à primeira das indagações, acerca da possibilidade, por parte de membros do Ministério Público, do exercício da advocacia após a Emenda 45/04, deve ser negativa. Explico.

É certo que a Emenda Constitucional n°. 45 não traz qualquer regra explícita que proíba a advocacia por parte dos membros do Ministério Público, referente àqueles que foram beneficiados pela regra de transição do art. 29, § 3°, do ADCT. Entretanto, buscando-se uma interpretação sistemática do texto das regras constitucionais, não há como admitir que, após a referida Emenda, ainda subsista o direito ao exercício da advocacia por parte daqueles que foram excepcionados pela Constituição atual.

É que o legislador constituinte derivado manteve a proibição de advogar por parte dos Juízes, criando uma regra de quarentena, inserida no parágrafo único, inciso I, do art. 95 e estendida aos membros do Ministério Público, através da regra do art. 128, § 6°.

Dizem as referidas disposições:

“Artigo 95 (...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

(...)

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes decorridos três anos do

afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração."

"Art.128(...)

Páragrafo 6º Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art 95, parágrafo único, V "

Ora, a proibição de advogar, para os juízes, já existia. Para os membros do Ministério Público, também existia, mas por força de uma regra de transição, de conteúdo moral duvidoso, ficaram de fora alguns membros da carreira que se enquadrasse na referida regra.

A Emenda 45 manteve a proibição e, como a sociedade reclamava do tráfico de influência de magistrados que se aposentavam e passavam à advocacia perante os mesmos tribunais que compunham, criou-se essa regra de quarentena, estendida também aos membros do Ministério Público.

Ora, se o legislador constituinte impôs uma regra mais dura para o exercício da advocacia, estendendo-a, em certa situação, até para após o afastamento de magistrados e membros do Ministério Público do cargo, isto é, após os mesmos deixarem de ser juízes e membros do MP, como entender que persiste o direito ao exercício da advocacia para os membros do Parquet beneficiados por uma regra de transição anterior? Totalmente incompreensível, desarrazoado mesmo insistir na vigência dessa norma. Tenho que a norma foi tacitamente revogada pela nova disciplina trazida pela Emenda Constitucional 45, decorrente do prestígio ao conjunto de princípios novos eleitos pela emenda.

Como pontuou muito bem o requerente, Dr. Leonardo Luiz de Figueiredo Costa:

"Seguindo esta linha de raciocínio, a Emenda Constitucional 45/04 estabeleceu a vedação da advocacia a todos os membros da magistratura e do Ministério Público, até o decurso de prazo de três anos, junto ao juízo ou tribunal perante o qual este oficiava ex vi do art, 95, V, e art. 128, § 6º da Constituição Federal.

Evidentemente, a possibilidade de escolha do regime jurídico anterior não ultrapassa os limites da nova determinação constitucional sobre a matéria e, veja-se, não há sentido na determinação de vedação de advocacia (quarentena) após o exercício do cargo e, ao mesmo tempo, permiti-la durante o exercício do cargo."

Acrescento. Esta nova disciplina, muito mais rigorosa, atende, com perfeição, ao princípio da moralidade, insculpido no art. 37 da Constituição. Veio, frise-se, para afastar até mesmo o desconforto de magistrados que eram obrigados a conviver com

antigos colegas, agora em outro papel, tão nobre quanto o anterior, mas valendo-se, sutilmente, das facilidades de acesso aos cartórios, e até mesmo da intimidade que desfrutavam com seus ex-colegas magistrados, gerando uma grande insegurança nos jurisdicionados.

Com isso, buscou o legislador conferir mais confiança, por parte da sociedade, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, quando lhes impôs a mesma restrição. Se é assim, evidentemente que a regra de transição anterior acha-se revogada.

Com essas novas disposições, se a exceção anterior já incomodava o senso ético da sociedade e da maioria dos profissionais do direito, principalmente quando convivíamos com membros do Ministério Público ocupando, em alguns casos, a Presidência de algumas seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, como admitir que ela persista agora, com restrições muito mais rigorosas?! A incompatibilidade com o texto constitucional resultante da Emenda 45 salta aos olhos. O incômodo será muito maior. A incompreensão, por parte da sociedade, com essa situação insólita, será muito mais eloquente.

Penso, com todo o respeito aos que discordam da minha opinião, que forçar uma interpretação para manter vigente a regra de transição anterior é não entender o papel do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem o dever maior de zelar pela autonomia da instituição, o que só conseguirá através do apego até mesmo fanático ao princípio da moralidade. Nesse aspecto, temos o dever de sermos fundamentalistas.

Esse apego fanático a que me refiro vem sendo evidenciado no dia a dia da instituição, tanto que estamos justamente buscando disciplinar uma matéria por solicitação de um membro do próprio Ministério Público Federal, comprometido com o zelo da boa imagem da instituição a que pertence.

Não posso deixar de registrar que recebi de dois membros do Ministério Público, Drs. Mário Luiz Bonsaglia e Mônica Nicida Garcia, petição que requeiro ao Relator, seja acostada aos autos, chamando a atenção especificamente para o exercício da advocacia em matéria eleitoral, que entendem incompatível por parte dos membros do MP. Afirmo, não só incompatível, como despudorada.

Esse fato vem a demonstrar a preocupação de membros da instituição com a preservação de sua imagem, de sua credibilidade já conquistada, mas que não pode ser posta em risco. Afinal, o Ministério Público é, hoje, uma das instituições de maior credibilidade e prestígio social em nossa República.

Com esses fundamentos, discordo do eminente Relator, para entender totalmente incompatível o exercício da advocacia por parte dos membros do Ministério

Público, inclusive daqueles que foram excepcionados pela regra de transição da Constituição de 1988, que, ao meu sentir, encontra-se revogada pela Emenda 45/04, prejudicada, portanto, a segunda indagação.

É como voto.

RICARDO CÉSAR MANDARINO BARRETTO
Conselheiro

PROCESSO Nº 0.00.000.000028/2006-41
RELATOR: CONSELHEIRO OSMAR MACHADO FERNANDES
INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
OBJETO: CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

EMENTA

Pagamento de gratificação de adicional de tempo de serviço sobre férias e licença-prêmio não gozadas. Tempo de serviço ficto. Ausência de previsão legal. Desconstituição do ato administrativo. Restituição do valor pago. 2) Pagamento de gratificação de produtividade. Determinação ao PGJ/MP-AM para que regulamente a referida gratificação. Instauração de procedimento de controle administrativo sobre tal pagamento.
3) Licitações para aquisição de equipamentos de informática e contratação de serviço de buffet. Contrariedade à dispositivos da Lei nº 8.666/93. 4) Licitação para aquisição de imóvel pela Administração do MP/AM. Indícios de superfaturamento. Contrariedade à Lei nº 8.666/93. 5) Pagamento de vantagem pecuniária sobre diárias e passagens. Indícios de contrariedade aos princípios constitucionais do artigo 37, CF. Encaminhamento de cópia dos autos à Corregedoria Nacional do Ministério Público e cópia de documentos ao MP/AM, MPF e Receita Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo nº 0.00.000.000028/2006-41, acorda o Pleno do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, em considerar: 1) Indevido o pagamento feito pelo MP – AM a Davi Evandro da Costa Carramanho de gratificação de adicional de tempo de serviço sobre férias e licença-prêmio não gozadas, por caracterizar tempo de serviço ficto e não existir previsão legal, desconstituindo o ato administrativo que autorizou tal pagamento, determinando a restituição do valor pago. 2) Necessário expedir determinação ao PGJ/MP-AM para

regulamentar a gratificação de produtividade a servidores do MP – AM, determinando instauração pelo CNMP de procedimento de controle administrativo específico sobre tal pagamento. 3) A existência de contrariedade a dispositivos da Lei nº 8.666/93 nas licitações para aquisição de equipamentos de informática e contratação de serviço de buffet. 4) A existência de indícios de superfaturamento e contrariedade à Lei nº 8.666/93 na licitação para aquisição de imóvel na cidade de Apuí – AM, pela Administração do MP/AM. 5) Ocorrência de contrariedade aos princípios constitucionais do artigo 37, CF, no pagamento de vantagem pecuniária sobre diárias e passagens ao Procurador Geral do MP/AM. 6) Necessário o encaminhamento de cópia dos autos à Corregedoria Nacional do Ministério Público, para análise dos fatos no campo disciplinar, e de cópia de documentos referentes à aquisição de imóvel pelo MP – AM em Apuí e sobre os procedimentos licitatórios referidos ao MP/AM, MPF e Receita Federal, para apreciação na área criminal, tudo nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Conselheiro Alberto Machado Cascais Meleiro, que entendia desnecessário regulamentar a gratificação de produtividade.

Brasília, 18 de dezembro de 2006.

OSMAR MACHADO FERNANDES
Relator

RELATÓRIO

1. Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo originado por representação dirigida ao Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas, feita pela Promotora de Justiça Silvana Nobre de Lima Cabral, que foi protocolada, também, na Procuradoria da República do Amazonas, cujo titular, o Procurador da República André Lopes Lasmar encaminhou os documentos ao Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público.

2. A referida representação narra a prática de vários atos administrativos irregulares pelo atual Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira, noticiados em carta encaminhada pelo cidadão Justo Gonçalves.

3. Em vista desses fatos foi instaurado o Processo nº 0.00.000.000091/2005-

04, na Corregedoria Nacional do CNMP, para apurar as questões quanto ao aspecto disciplinar, com cópia encaminhada ao Presidente do CNMP, que originou o presente feito, autuado inicialmente como pedido de providências.

4. Atuando como Relator, este Conselheiro proferiu despacho (fls. 75/76), em 07 de março de 2006, para instruir o feito quanto à regularidade dos atos administrativos praticados na Procuradoria Geral do Ministério Público do Estado do Amazonas referentes à: forma utilizada para atribuir publicidade a atos administrativos da Procuradoria; pagamento de diárias; folha de pagamento no que toca ao desconto previdenciário e à aplicação do teto remuneratório; provimento de cargos e licitação para compra de material de informática. Para isso oficiou ao Procurador-Geral e ao Corregedor Geral do Ministério Público do Estado do Amazonas e, ainda, à requerente Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral, solicitando documentos e informações quanto aos atos administrativos antes referidos.

5. Em atendimento ao que foi requisitado, o Procurador-Geral de Justiça encaminhou ofício nº 020/GAB/PGJ (fls. 400), com sua versão sobre todos os fatos noticiados pela requerente, acompanhado de doze volumes contendo a documentação solicitada. A Promotora Silvana também encaminhou ofício nº 32/2006.PJFPE (fls. 230), contendo como anexo procedimento administrativo que tramitou na 40ª Promotoria de Justiça/MP-AM, que apurou ocupação irregular de cargos por servidores não concursados no âmbito do MP-AM. Já o Corregedor-Geral do MP do Amazonas, encaminhou o ofício nº 188/06-CGMP (fls. 384), datado de 28 de março de 2006, informando que o Procurador Decano do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado do Amazonas instituiu uma comissão de sindicância, em 18 de novembro de 2005, para apurar denúncias de práticas de possíveis atos irregulares por parte do atual Procurador-Geral de Justiça, Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira, mas que referida comissão ainda não finalizou os trabalhos, juntando cópias de documentos referentes a tais afirmações.

6. Em 16 de março de 2006, foi recebido ofício nº 091/2006, da Exma. Sra. Corregedora Nacional, encaminhando documentos fornecidos pela requerente, Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral, que contém cópias não autenticadas de um relatório elaborado pela Comissão de Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas/AM, que examinou as contas do Ministério Público/AM, em que foram constatadas diversas irregularidades que não haviam sido relatadas na representação inicial feita pela requerente.

7. Para elucidar mais essa questão levantada, este Relator proferiu despacho (fls. 82) em que determinou a requisição ao Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Constas/AM de cópia autenticada do Relatório Preliminar nº 03/2005, feito por comissão

daquela Corte, que apreciou as contas do Ministério Público/AM, determinando, ainda, a reautuação deste feito como procedimento de controle administrativo, tendo em vista que os documentos então juntado aos autos noticiam irregularidades em atos administrativos específicos praticados na administração do requerido.

8. Em resposta à solicitação desse relator, o Presidente do Tribunal de Contas/AM encaminhou cópia autenticada do Relatório Preliminar emitido pela Comissão de Inspeção Extraordinária e do parecer nº 321/2006 do Órgão Ministerial junto ao Tribunal de Contas, pertinentes ao processo que apura denúncia de irregularidades no Ministério Público/AM, que foram juntados aos autos às fls. 404/508.

9. Em despacho proferido pelo Relator (fls. 512) foi determinado remessa de cópia dos documentos recebidos do Tribunal de Contas/AM a Exma. Sra. Corregedora Nacional do Ministério Público, em vista da gravidade dos fatos noticiados, e determinando-se o aguardo da remessa da solução da sindicância já requisitada ao Corregedor Geral do Ministério Público/AM.

10. A requerente através do oficio nº 31/2006-40ª PJFPE (fls. 218), encaminhou cópia de argüição de suspeição formulada à Comissão Especial de Sindicância que apura irregularidades no âmbito do Ministério Público/AM; e pelo ofício nº 51/2006/PJFPE (fls. 513) encaminhou cópia da Ação Civil Pública proposta contra o Estado do Amazonas em razão da ocupação irregular de cargos no âmbito do Ministério Público estadual.

11. Às fls. 677 foi juntado ofício nº 237/2006/CM/CNMP, de 24.05.06, encaminhando cópia de notificação que fez ao Dr. Cristóvão Albuquerque Alencar Filho, estabelecendo prazo para que fornecesse cópia integral dos autos da sindicância que preside, destinada a apurar as irregularidades administrativas no MP/AM; e cópia do ofício nº 017/2006/CS, do referido Dr. Cristóvão, informando que ainda concluiu a referida sindicância, e que o fará até o dia 18/06/2006.

12. A requerente, Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral, através do ofício nº 68/2006 (fls. 686) encaminhou cópia do DOE/AM de 08.05.06, que públicou, quase um ano depois de realizado o negocio (02.08.05) ter o Ministério Público/AM adquirido, por dispensa de licitação, uma casa pertencente ao Promotor de Justiça aposentado Dr. Francisco Gomes da Silva; e cópia do DOE/AM do dia 15.05.06, contendo a publicação da Resolução nº 01/2006/CPJ que recomendou à Corregedoria Geral do Ministério Público "a instauração de procedimento administrativo disciplinar, com a finalidade de apurar a conduta dos membros do ministério Público do Estado do Amazonas que desrespeitando as instâncias internas do Ministério Público, compareceram e solicitaram providências ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas [...].

13. Em despacho proferido pelo Relator (fls. 689/691), considerando que

a Comissão de Sindicância nº 01/05, instaurada no Ministério Público do Estado do Amazonas para apuração dos fatos que tem relação com os investigados no presente Processo, iniciou seus trabalhos em 28.11.05 e após mais de seis meses não concluiu os seus trabalhos, conforme documentos de fls. 677/682, foi determinado a requisição de novas informações e documentos ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, para que forneça cópia do Processo nº 7.165/2005/PGJ que trata da compra do imóvel em Apuí/AM, e do distrato da referida aquisição e restituição ao erário público do valor pago e dos respectivos juros; cópia do processo referente a aquisição, em 02.08.05, de um imóvel pertencente ao Promotor de Justiça aposentado. Dr. Francisco Gomes da Silva, que teve a dispensa de licitação publicada no Diário Oficial do Estado em 08.05.06 (fls. 687); aos valores pagos a título de diárias em 2005/2006 e os critérios adotados para tal pagamento, inclusive sobre o recebimento pelo requerido Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira do valor de R$ 100.185,10, referente a 101 (cento e uma) diárias no período de janeiro à outubro de 2005; sobre a carta-convite nº 19/2005 que teve por objeto serviço de buffet para 700 pessoas em festa junina, promovida pelo Ministério Público do Amazonas e com relação às folhas de pagamento da servidora Ivonilda Nogueira Medeiros, que recebeu um percentual de 300 % de gratificação de produtividade cumulado com o recebimento da função gratificada de assistente de gabinete de Procurador.

14. A requerente Silvana Nobre de Lima Cabral através de requerimento datado de 14.06.06, dirigido ao Conselheiro Relator (fls. 692/693), solicitou a suspensão liminar dos efeitos da Resolução nº 01/2006-CPJ do Colégio de Procuradores de Justiça do MP/AM, que recomendou à Corregedoria Geral de Justiça instauração de procedimento administrativo disciplinar contra os Membros do Ministério Público, que solicitaram providências do Tribunal de Contas do Estado, para apurar supostas irregularidades do atual Procurador-Geral de Justiça, Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira.

15. Em decisão proferida no dia 19.06.06 (fls. 694/704), o Pleno do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade de votos decidiu deferir a liminar suspendendo a Resolução nº 01/2006-CPJ do Colégio de Procuradores de Justiça do MP/AM e aprovou a instrução do feito da forma proposta pelo Conselheiro Relator em seu voto, com a realização dos atos processuais e diligências, quanto a expedição de recomendação ao PGJ/MP/AM para determinar que conste nos despachos licitatórios das licitações o valor do bem ou serviço adquirido, consoante o disposto no art. 16 da Lei 8.666/.93; realização de perícia contábil pela Auditoria de Controle Interno (AUDIN) do Ministério Público da União, nos procedimentos administrativos oriundos do MP/AM que estão sob investigação no presente feito. O Pleno do CNMP decidiu, ainda,

acompanhar o Relator quanto a fundamentação constante em seu voto para excluir da apreciação desse procedimento os fatos referentes ao desconto previdenciário dos membros e servidores aposentados do MP/AM porque já estão sendo apurados em outro processo que tramita nesse Conselho, e os que dizem respeito a provimento de cargos, tendo em vista que tais fatos estão sub júdice em ação civil pública que tramita no Poder Judiciário do Estado do Amazonas.

16. Através de edital publicado no D.O.U. foram notificados os eventuais interessados do presente procedimento para que no prazo de 15 dias, querendo, se manifestem sobre os efeitos do processo, nos termos do art. 105, do RI/CNMP (despacho de fls. 705).

17. Pelo despacho de fls. 724, o Conselheiro relator, com amparo no art. 45, inciso VII, do RI/CNMP, delegou competência para atuarem na instrução probatória do presente feito aos Procuradores Regionais da República, Dr Hindemburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho e Dr. Paulo Vasconcellos Jacobina, que se encontravam a disposição da Corregedoria Nacional do Ministério Público (fls. 757).

18. A Corregedora Nacional do Ministério Público (fls. 756) comunicou ao Relator o sobrestamento do Proc. nº 91/95-04, referente à reclamação disciplinar que apura os mesmos fatos ora investigados, em vista da decisão tomado pelo Plenário do CNMP quanto à instrução probatória do presente feito.

19. Nos dias 12 e 13 de julho de 2006, na cidade de Manaus/AM, houve a tomada de depoimentos, feita pelo Conselheiro Relator e pelos Procuradores Regionais da República, com delegação para atuarem no presente feito, da requerente Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral e do requerido Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira e do Cristóvão Albuquerque Alencar Filho, Procurador do MP/AM e presidente da Comissão de Sindicância instaurada para apurar os fatos no âmbito do MP/AM, o qual forneceu documentos para serem juntados aos autos. (fls. 791/897).

20. Em despacho proferido pelo Relator, fls. 953, foi rejeitado o pedido de reconsideração interposto pela Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral, de parte da decisão do Plenário do CNMP que excluiu da apreciação deste processo a questão sobre ocupação irregular de cargos públicos no âmbito da PGJ do MP/AM e deferido a solicitação dos Procuradores Regionais da República, com delegação de competência para atuarem neste feito, quanto a oitiva de testemunhas, requisição de novas informações e documentos sobre as licitações para compra de cartuchos de impressoras e requisição à Receita Federal, Receita Estadual e Junta Comercial/AM de cópia dos contratos sociais e alterações dos mesmos relacionados às empresas participantes das licitações; requisição à empresa de táxi-aéreo Cleiton informações sobre viagens do PGJ/AM à cidade de Apuí/AM no período de junho à dezembro de 2005; requisição à PGJ/AM da

ordem bancária relativa a aquisição da casa de Apuí/AM; e, esclarecimentos sobre os pagamentos feitos ao Promotor de Justiça David Evandro Costa Carramanho a título de vantagem pessoal. Registre-se que todos as informações e documentos solicitados foram juntados aos autos.

21. Houve, ainda, a tomada de depoimentos, feita pelo Conselheiro Relator e pelos Procuradores Regionais da República, com delegação para atuarem no presente feito, nos dias 24 a 26 de outubro de 2006, na cidade de Manaus/AM, de seis servidores lotados na PGJ/MP/AM, de um empresário do setor de informática atuante na cidade de Manaus/AM, do Promotor de Justiça Edilson Queiroz Marfins e do Promotor de Justiça Jonas Neto Camêlo (fls. 1373/1471), tendo alguns dos depoentes fornecido documentos que foram juntados aos autos. No dia 06 de novembro de 2006, na cidade de Brasília-DF, foi ouvida como testemunha a servidora da PGJ/MP/AM, Marinele Arruda Metoso (fls. 1474/1480).

22. Às fls. 1482/1535, foram juntados os laudos periciais realizados pela Auditoria de Controle Interno do MPU, requisitados anteriormente pelo Conselheiro Relator, sobre vários procedimentos administrativos do MP/AM.

23. Por despacho do relator, fls. 1535v, foi determinado o encaminhamento de cópia de documentos deste feito à Exma. Senhora Corregedora Nacional do Ministério Público, sendo que às fls. 1538/1708 foi juntado o memorial apresentado pelo procurador do Dr. Vicente Cruz de Oliveira, em que comenta sua versão quanto aos fatos investigados e referente às provas produzidas no presente feito, bem como a juntada de parte de um parecer de uma comissão do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, relativo à prestação de contas do exercício de 2005, do MP/AM.

24. Registre-se que a até a presente data não foi fornecido, para ser juntado aos autos, cópia da solução da sindicância feita pela Comissão do Colégio de Procuradores do MP/AM, sobre os mesmos fatos objetos desse processo, já requisitada em 07 de março de 2006 (fls. 75 e 81), havendo informações nos autos que, tal sindicância estaria concluída mas que o Procurador decano do MP/AM, que institui tal comissão, ainda não se manisfestou sobre a mesma.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de Procedimento de Controle Administrativo originado por representação feita pela Promotora de Justiça Silvana Nobre de Lima Cabral, que narra a prática de vários Atos Administrativos irregulares pelo atual Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira. Paralelo a este feito foi instaurado o Processo nº 0.00.000.000091/2005-04, na Corregedoria Nacional do CNMP, para apurar os fatos quanto ao aspecto disciplinar.

Tendo em vista a juntada de documentos oriundos do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas que noticiam irregularidades em atos administrativos específicos praticados na administração do requerido, referentes à publicidade de atos administrativos, pagamento de diárias, folha de pagamento de salários e de desconto previdenciário, provimento de cargos, licitação para compra de material de informática e aquisição de imóveis, foi determinado pelo Relator a reautuação deste feito como procedimento de controle administrativo.

Após as primeiras investigações e juntada de documentos, o feito foi submetido à apreciação do Pleno do CNMP que deferiu medida liminar com efeito de suspender a Resolução nº 01/2006-CPJ do Colégio de Procuradores de Justiça do MP/AM, que recomendou à Corregedoria Geral instauração de procedimento disciplinar contra diversos membros do Ministério Público que solicitaram providências do Tribunal de Constas do Estado, para apurar supostas irregularidades do PGJ, Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira, bem como aprovou a realização diligências e perícias propostas pelo Conselheiro relator. Finda a instrução processual foi pautado o feito para apreciação do Plenário.

Preliminarmente, é necessário ressaltar que algumas afirmações feitas pelo ilustre Procurador do requerido, no memorial juntado aos autos (fls. 1.539/1.567), não correspondem à realidade. Com efeito é de se rejeitar afirmação de que não se deu ciência dos atos probatórios ao requerido, pois todos os atos instrutórios foram devidamente publicados no setor de acompanhamento processual na página da internet do CNMP, bem como foi feita a notificação pelo Diário Oficial da União a todos os eventuais interessados neste processo, conforme previsto no Regimento Interno.

Em relação à tomada de depoimentos foi dada oportunidade ao advogado de requerer o registro de parte das respostas das testemunhas, que considerava relevantes, porém não se permitiu que fizesse perguntas, porquanto no procedimento de controle administrativo não existem partes, visto que seu objetivo é a análise de fatos e atos administrativos e sua consonância com o artigo 37 da Constituição Federal, sendo que a responsabilidade dos Administradores Públicos que praticaram tais atos

será apurada nas áreas civil, penal e disciplinar.

Quanto aos comentários feitos em relação à perícia realizada pela AUDIN/MPU, onde alega que teria sido feita de forma virtual, sem fundamentação e com um viés policialesco, cumpre esclarecer que tal perícia foi realizada por uma comissão de quatro servidores, técnicos na área contábil, de forma séria e isenta, tendo analisado mais de 15 volumes de documentos, que forma fornecidos pelo próprio Procurador-Geral do MP/AM, produzindo um relatório de 32 páginas, com exaustiva análise de todos os procedimentos administrativos que lhe foram encaminhados e respondendo de forma fundamentada aos quesitos propostos pelo relator do processo.

Ainda repelindo os comentários feitos no referido memorial, cumpre esclarecer que ao contrário do que se alegou, a representante, Dra. Silvana Nobre de Lima Cabral não afirmou que houve gasto de cerca de um milhão de reais em compra de cartuchos para impressora, mas sim encaminhou documento que circulou na cidade de Manaus, que continha tal afirmação. Também resta esclarecer que a representante apresentou sua petição inicial junto ao Procurador da República na cidade de Manaus, que por iniciativa própria acionou o CNMP, por considerar extremamente graves os fatos denunciados.

Também não corresponde à realidade a afirmação do advogado do requerido de que a representante nunca mostrou interesse em apurar as irregularidades ocorridas na Administração do MP/AM, pois atuando como promotora de justiça instaurou procedimento administrativo e ação civil pública junto à justiça local visando corrigir alegada ocupação de cargos públicos no MP/AM e assinou requerimento juntamente com outros vinte promotores de justiça, pleiteando providências do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas para investigar as contas da PGJ/MP-AM, conforme ampla documentação constante nos autos.

Também é necessário registrar que o procedimento de controle administrativo nº 454/2006, que tramita neste Conselho, do qual este signatário também é relator ainda não foi concluído, não se podendo afirmar, como o fez o subscritor do referido memorial, que foi legalmente investido no serviço público, o servidor Gilvan Dantas contratado pela administração do MP/AM para prestar serviços de assessoria especial, na cidade de Brasília-DF.

No mérito, após finalizada a instrução probatória, sendo devidamente apreciado e analisado o conjunto de provas testemunhais, documentais e periciais sobre os fatos investigados no presente feito, chega-se as seguintes conclusões:

1. Quanto a publicação de atos administrativos

A Administração do MP/AM cometia algumas omissões na publicação dos atos administrativos conforme ficou constatado pela Comissão de Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, quanto a não publicação do valor e a descrição dos bens e serviços adquiridos nos procedimentos licitatórios que realizava, contrariando o disposto no artigo 16 da Lei 8.666/93. Porém essas falhas foram corrigidas após recomendação expedida pelo Pleno do CNMP através do acórdão proferido no presente feito, conforme se constata pelas informações prestadas pelo PGJ/AM às folhas 940/944.

2. Pagamento de salários e outras vantagens pecuniárias

Através da análise de documentos fornecidos pela administração do MP/AM foram periciados os pagamentos referentes a tempo de serviço, gratificação por exercício cumulativo de cargo ou função a membros do MP/AM e gratificação de produtividade a servidores.

2.1) Pagamento ao Dr. Vicente Augusto Borges de Oliveira

Relativamente ao pagamento feito ao Promotor de Justiça Vicente Augusto Borges de Oliveira a título de gratificação por exercício cumulativo de função, relativo ao período de 01.02.99 a 30.06.00 foi verificado a legalidade do mesmo, por estar previsto no art. 279, inciso III e art. 283, da Lei Complementar Estadual nº 11/93, não tendo ocorrido a prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910, de 06.01.32. Constatou-se que a metodologia do cálculo utilizado no Processo nº 2478/05 – PGJ/MP/AM não foi a correta, pois devia ser considerada a remuneração do cargo à época do fato gerador, corrigindo-se monetariamente pelo INPC as parcelas devidas até a data de efetivo pagamento e não considerado nos valores vigentes à época do pagamento como foi feito, sendo que dessa forma o montante bruto devido a que se chegou foi de R$ 61.799,59, havendo o pagamento indevido de R$ 1.814,01.

Quanto à legalidade do índice de atualização monetária foi constatado na perícia da AUDIN/MPU que não houve aplicação de índice atualizador, não se podendo portanto, emitir juízo quanto à legalidade deste. Todavia, como o cálculo dos valores foi feito de forma incorreta, conforme acima demonstrado, a atualização monetária ocorreu na prática de forma indireta.

2.2) Pagamento ao Dr. Elvys de Paula Freitas

Ao Promotor de Justiça Elvys de Paula Freitas foi efetuado pagamento de gratificação por exercício cumulativo de função, referente ao período de 10.07.03 a 10.03.05.

Igualmente a perícia da AUDIN/MPU constatou a legalidade do pagamento feito ao Promotor de Justiça Elvys de Paula Freitas, por entender que o ato autorizativo guarda conformidade com a legislação vigente (artigo 279, inciso III, LCE nº 11, de 17.12.93), sendo de se registrar que não houve aplicação de índice de atualização monetária e que o referido pagamento de R$ 72.705,40 foi feito a menor, no valor de R$ 5.099,08, pois o montante bruto devido seria de R$ 77.804,48.

2.3) Pagamento ao Dr. Davi Evandro da Costa Carramanho

Pelo Processo nº 9982/04, foi feito pagamento ao Promotor de Justiça Davi da Costa Carramanho de vantagens pecuniárias no valor de R$ 227.299,51, sendo que a parcela de R$ 60.178,46 refere-se à adicional de tempo de serviço, relativo a férias e licença-prêmio não gozadas contadas em dobro e o restante, no valor de R$ 167.121,05 corresponde à vantagem pessoal pelo exercício de função de confiança na Polícia Militar e na Casa Militar do Governo do Estado do Amazonas, averbado na ficha funcional do mesmo.

A autorização para tal pagamento foi dada por despacho proferido em 02/02/05 do então Procurador-Geral Cristóvão Albuquerque Alencar Filho e a efetivação do pagamento ocorreu na gestão do atual PGJ, Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira em maio de 2005.

Quanto a esse pagamento, de R$ 227.299,51 concluíram os peritos da AUDIN/MPU que o mesmo foi feito indevidamente e caso fossem considerados legais, os valores pagos deveriam, em razão da prescrição quinquenal, limitar-se a R$ 5.611,27 de anuênios e a R$ 62.618,01 de vantagem pessoal.

No que se refere a pagamento de adicional de tempo de serviço decorrente de férias e licença-prêmio não gozadas a ilegalidade é evidente por se tratar de tempo de serviço fictício, que não é admitido como averbação para todos os fins, e sim apenas para efeito de aposentadoria. Aliás, esse entendimento decorre da própria Constituição Federal, consoante dispõe o §10, do art. 40, acrescido pela EC nº 20/98:

§ 10º - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Fundamentando seu posicionamento assim se manifestaram os senhores peritos às fls. 1.498/1.499:

16. Além disso, o tempo averbado de licença especial não gozada não poderia ser considerado para fins de adicional de tempo de serviço, visto que, de acordo com o dispositivo legal acima citado, deveria ser computado exclusivamente para fins de aposentadoria. Aliás, nesse mesmo sentido dispõe o art. 122, incisos III e IV e §§ 1º e 2º do mesmo Estatuto Militar, bem assim o art. 320 da Lei Complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Amazonas, a seguir transcritos:

"Art. 122 - 'Anos de Serviço' é a expressão ou designa o tempo de efetivo serviço a que se referem o art. 121 e seus parágrafos, com os seguintes acréscimos:

III – tempo relativo a cada licença especial não gozada, contada em dobro; e

IV – tempo de férias não gozadas, contada em dobro.

§ 1º - Os acréscimos a que se referem os itens I e IV serão computados tão somente no momento da passagem do policial-militar para a situação de inatividade, e para esse fim.

§ 2º - Os acréscimos a que se referem os itens II e III serão computados somente no momento da passagem do policial-militar para a situação de inatividade e, nessa situação, para todos os efeitos legais, inclusive quanto à percepção definitiva de gratificação de tempo de serviço e de adicional de inatividade.

"LC nº 11/93 Art. 320 - Para efeito de aposentadoria, será contado em dobro o tempo de licença especial que o membro do Ministério Público não houver gozado". (Grifou-se).

17. Também nessa mesma linha de entendimento está a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 – Estatuto do Ministério Público da União – verbis:

"Art. 222 – Conceder-se-á aos membros do Ministério Público da União licença:

..... omissis ....

III – prêmio por tempo de serviço;

... omissis .....

§ 3º A licença prevista no inciso III será devida após cada quinquênio ininterrupto de exercício, pelo prazo de três meses, observadas as seguintes condições:

.. omissis..

d) para efeito de aposentadoria, será contado em dobro o período não gozado.

Art. 224 – Os membros do Ministério Público da União receberão o vencimento, a representação e as gratificações previstas em lei.

§ 1º Sobre os vencimentos incidirá a gratificação adicional por tempo de serviço, à razão de um por cento por ano de serviço público efetivo, sendo computado o tempo de advocacia até o máximo de quinze anos, desde que não cumulativo com tempo de serviço público." (Os grifos não são do original).

18. Face à legislação acima citada conclui-se que o pagamento de adicional de tempo de serviço relativo ao período de tempo averbado referente à licença especial não gozada é indevido desde a data de admissão do referido Promotor de Justiça.

19. Relativamente às férias não gozadas, contadas em dobro, constante das certidões de tempo de serviço emitidas pela Polícia Militar do Estado do Amazonas, deve ser ressaltado que tanto a Lei Orgânica do Ministério Público da União quanto a do Ministério Público do Estado do Amazonas não contêm dispositivos que amparem sua averbação para todos os fins, como considerado pela área de pessoal do Ministério Público do Estado do Amazonas. Note-se, a propósito, que a própria Portaria nº 753/93/PGJ destacou a averbação das férias não gozadas no seu item II, para deixar patente o seu cômputo apenas para efeito de aposentadoria.

20. Registre-se, ainda, que a Lei do Estatuto do Policial Militar do Estado do Amazonas dispõe claramente que as férias não gozadas e contadas em dobro se prestam unicamente para fins de passagem do policial militar para a inatividade e somente para esse fim. (arts. 61, § 4º e 122, § 2º).

21. Por todo o exposto, é de se concluir que os atos expedidos pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas com base nos quais foi pago ao citado membro o valor de R$ 60.178,46, a título de adicional de tempo de serviço, não guardaram conformidade com a legislação que disciplina a matéria, visto que foi averbado no assentamento funcional do citado Promotor de Justiça, tempo de serviço "ficto" correspondente à licença especial e férias, ambas não gozadas e contadas em dobro, os quais não se prestam para a concessão de quaisquer vantagens financeiras durante o exercício funcional do Promotor de Justiça do Estado do Amazonas, mas tão-somente para efeito de aposentadoria. (grifou-se).

Quanto ao pagamento de gratificação pelo exercício cumulativo de cargos e funções referente à averbação na ficha funcional do referido Promotor de Justiça referente às funções de confiança exercida na Policia Militar do Amazonas e na Casa Militar do Gabinete do Governador, por mais de cinco anos, assim se pronunciaram os senhores peritos:

28. Ressalte-se entretanto que o Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Amazonas, Lei nº 1.154/75, não contém dispositivo que ampare a incorporação de vantagem pessoal pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, nem a aplicação subsidiária ao policial-militar do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis daquele Estado, Lei nº 1.762, de 14 de novembro de 1989, cujo art. 82 institui tal vantagem. Assim, considerando que a gratificação se refere a cargo privativo de Oficial da Polícia Militar, no Posto de Capitão,

e não sendo a incorporação dessa vantagem devida no órgão de origem, não cabe a sua incorporação em razão da posse em cargo de natureza civil.

Analisando-se os pagamentos efetuados referentes à prescrição quinquenal, estabelecida no Decreto nº 20/1932, adoto o posicionamento dos senhores peritos constantes nas fls. 1499/1500:

29. Quanto à prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, embora os pagamentos realizados a título de adicional de tempo de serviço tenham sido considerados indevidos, por falta de amparo legal, registra-se, a título de argumentação, que a expedição da Portaria nº 237, de 11 de abril de 1997, que retificou a averbação do tempo de serviço prestado à Polícia Militar do Amazonas, objeto de petição do citado membro em Ofício s/n, de 17 de março de 1997, constituiu o julgamento administrativo do processo, iniciando-se assim a contagem de novo prazo prescricional para que o interessado pleiteasse o pagamento de eventual vantagem, fato que somente veio a ocorrer por meio do Ofício s/n, de 08 de setembro de 2004.

30. Assim, ainda que o pagamento do referido adicional viesse a ser considerado devido, teria ocorrido a prescrição qüinqüenal dos valores anteriores a setembro de 1999. Nessa hipótese, o valor que seria devido a partir de setembro de 1999, corresponderia a R$ 5.611,27, conforme tabela de atualização que constitui o anexo II.

31. No que se refere à prescrição dos pagamentos relativos à vantagem pessoal pelo exercício de função de confiança, também considerados indevidos, levando-se em conta que o pedido de atualização efetuado através do ofício nº 26/97, datado de 20 de junho de 1997, foi atendido conforme pagamento de folha suplementar do mês de março de 1998, que atualizou para R$ 448,00, correspondentes a 2/5 (dois quintos) do valor da gratificação pelo exercício da função de Ajudante de Ordem do Governador, valor esse que foi recebido pelo interessado sem que houvesse qualquer contestação, fato que veio ocorrer somente em 8 de setembro de 2004, igualmente é de se concluir que houve prescrição em relação aos valores relativos ao período anterior a setembro de 1999.

32. Nesse contexto, caso fosse considerada devida a vantagem pessoal incorporada em decorrência do exercício de função de confiança na Casa Militar do Governo do Amazonas, o valor corresponderia R$ 62.618,01 a contar de setembro de 1999, conforme tabela de atualização que constitui o anexo III.

Em vista de ter ocorrido o pagamento indevido de R$ 227.299,51 e, além de indevido, sem a observância da prescrição quinquenal ao Promotor de Justiça David Evandro da Costa Carramanho, deve o mesmo restituir tal valor aos cofres públicos, ficando a Procuradoria Geral do MP/AM encarregada de adotar as providências administrativas para efetivar tal ressarcimento nos termos da lei. Deverá, ainda, os documentos referentes o processo administrativo nº 9982/04-PGJ/MP/AM que autorizou tal pagamento, acompanhados da perícia da AUDIN, ser encaminhado à Corregedoria Nacional do Ministério Público para análise quanto eventuais efeitos na área disciplinar, em relação às autoridades Ministeriais que autorizaram e efetivaram o referido pagamento, bem como ao próprio beneficiado com o mesmo, e ao Órgão do Ministério Público do MP/AM competente para análise deste caso para os efeitos do artigo 10, inciso XI, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de improbidade administrativa).

2.4) Pagamento de gratificação de produtividade

Quanto ao pagamento de gratificação de produtividade à servidores do quadro de pessoal administrativo da PGJ/AM, concluiu o órgão pericial já referido, que há previsão legal para a referida vantagem e para a sua concessão pelo PGJ/MP-AM. Porém os percentuais aplicados que vão até 300%, de forma diferenciadas e extremamente elevados, sem definição de critérios, metas e objetivos a serem alcançados contrariam os princípios constantes no artigo 37 da Constituição Federal, especialmente os da moralidade, impessoalidade e eficiência e, ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou proibição do excesso, implícitos na Lei Maior, em decorrência do próprio estado democrático de direito adotado como opção política pelo legislador constituinte, recomendam ao administrador público utilizar critérios de racionalidade, adequação e necessidade, quando da prática de ato administrativo, mesmo em se tratando de ato discricionário.

Em razão do exposto, exsurge a necessidade de que seja expedida determinação ao PGJ/MP-AM para que melhor regulamente a referida gratificação de produtividade definindo critérios, metas mensuráveis e objetivos a serem atingidos, a fim de cumprir os referidos princípios constitucionais, bem como instauração de procedimento de controle administrativo no âmbito do CNMP para apurar a legalidade dessa gratificação.

3. Licitações para aquisição de cartuchos para impressora

Foram investigadas as aquisições feitas pelo MP/AM através dos processos licitatórios referentes às Cartas Convites nº 004/2005; nº 010/2005 e nº 022/2005, dos meses de março, maio e julho de 2005, respectivamente, para compra de um total de 2.110 (dois mil cento e dez) cartuchos de impressoras a um custo total de R$ 216.178,90 (duzentos e dezesseis mil cento e setenta e oito reais e noventa centavos) e, ainda, através da Carta Convite nº 029/05-PGJ, de 03/11/05, pela qual se efetuou a compra de mais 760 cartuchos, totalizando 2.880 unidades assim adquiridas ao preço total de R$ 288.888,80.

Na instrução probatória do presente procedimento, referente às aquisições dos cartuchos de impressoras pelo MP/AM forma requisitados documentos referentes aos procedimentos administrativos supracitados, ouvidos vários servidores do MP/AM e solicitado a realização de perícia por comissão da AUDIN/MPU, que emitiu relatório de perícia que se encontra juntado às fls. 1483/1526.

Após as investigações constatou-se que as aquisições de cartuchos, embora em número elevado, guarda compatibilidade com as necessidades com o MP/AM, considerando-se as peculiaridades daquele Ministério Público que centraliza a aquisição de material para distribuição nas diversas Promotorias localizadas no vasto Estado do Amazonas.

No entanto, tais aquisições feitas através das quatro carta-convites, antes referidas, não observaram as formalidades previstas em lei quanto aos procedimentos licitatórios e quanto à compatibilidade com os preços de mercado, havendo indícios de fraude ou conluio para montagem de licitação, pela constatação de omissão de alguns servidores do MP/AM encarregados de fornecer reais necessidades de aquisição dos cartuchos de impressora, tendo em vista a não observância dos estoques existentes e, ainda, pela negligência dos membros das comissões de licitação da Instituição Ministerial, consoante conclusão dos senhores peritos que realizaram os exames técnicos, a qual adoto como razões de decidir a seguir transcrita:

> *LEGALIDADE DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS EM FACE DA LEI Nº 8.666/93*
>
> *131. Conforme demonstrado neste documento, verificou-se que a Administração da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas não observou em seus atos administrativos relativamente aos processos de licitação examinados aspectos da legalidade em razão do descumprimento de diversos artigos da Lei nº 8.666/93, notadamente em relação aos que se seguem:*

a) art. 3º, no tocante ao processamento com os necessários cuidados para observância aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da eficiência e da probidade administrativa, tendo como conseqüência a aquisição de bens por valores superiores aos praticados no mercado, a compra em quantidades superiores às necessidades da instituição;

b) art. 15, inciso V, por não se balizar em preços inferiores aos mesmos cartuchos adquiridos pela própria Procuradoria Geral em procedimentos anteriores;

c) art. 15, § 7º, inciso II, quanto à definição das unidades e das quantidades adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, mediante técnicas de estimação baseadas em consumo anteriores e o quantitativo de impressoras disponíveis; a inclusão no edital da licitação de cartuchos sem que houvesse suporte documental em pedido de compra (convite nº 22/2005);

d) art. 21, §§ 2º, inciso IV, e 3º, no tocante à inobservância do prazo mínimo de 05 (cinco) dias úteis para a realização do convite nº 4/2005 (processo nº 592/2005) e do convite nº 022/2005 (processo nº 7919/2005), havendo indício, neste último, da ocorrência de simulação ou montagem da licitação, conforme descrito no item próprio deste relatório;

e)art. 23, § 2º, no que tange à escolha da correta modalidade de licitação, uma vez que a realização de vários convites para os mesmos produtos, que somaram R$ 288.888,80, com montante superior a essa modalidade (R$ 80.000,00) caracterizou fracionamento com o claro objetivo de fuga à aplicação de modalidade de licitação superior, no caso tomada de preços, que tem limite fixado em R$ 650.000,00. A propósito, a Administração do Órgão foi alertada para o fato pelo servidor Antônio Cavalcante Filho mediante o Ofício nº 007/2005/MP/CPL, de 22/02/2005, constante do processo nº 592/2005 referente ao Convite nº 4/2005. Acrescente-se que se a Administração houvesse realizado licitação na modalidade adequada implicaria em maior abrangência na divulgação do certame e, em conseqüência, maior competitividade, e o estabelecimento de maior controle sobre as compras, como a de recebimento do produto por comissão composta por no mínimo três membros, em observância ao disposto no art. 15, § 8º, da Lei nº 8.666/93, além de adoção de outros procedimentos mais rígidos inclusive quanto à elaboração do edital sem a subjetividade e a dubiedade estabelecidas nos convites;

f) art. 73, II, quanto ao recebimento dos materiais, uma vez que a especificação dos produtos no edital se referia a cartuchos originais e foram cotados similares, não havendo, ademais identificação do servidor responsável pelos atos relativos aos testes dos materiais e recebimentos provisório e definitivo;

g) art. 90, pela frustração do caráter competitivo da licitação em razão dos indícios de combinação entre empresas, pois as "vencedoras" dos três convites objeto da denúncia (R.F. DE MENDONÇA E PREMIERE COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA) funcionaram no mesmo

endereço; as grafias do preenchimento das notas fiscais emitidas pelas duas empresas são semelhantes, aparentando terem sido efetuadas pela mesma pessoa; informações não verdadeiras registradas na Ata de Julgamento do Convite nº 004/2005, quanto à suposta participação naquela licitação da empresa VEGA INFORMÁTICA.

COMPATIBILIDADE DOS PREÇOS COM A MÉDA DE MERCADO

132. Foram realizadas pesquisas de preços dos cartuchos, nas mesmas especificações dos adquiridos, em Manaus/AM, via INTERNET, verificou-se que os preços das compras efetuadas pela PGJ/AM foram bastante superiores aos valores praticados no mercado à época da realização da pesquisa, mês de julho de 2006, apesar do tempo decorrido e o fato de a pesquisa ter sido efetuada para cartuchos originais, enquanto os fornecidos pelas empresas foram, em sua maioria, produtos similares (anexos IV a VII).

133.Foram efetuadas comparações de preços dos cartuchos, entre os vencedores dos certames realizados pela PGJ/AM, sendo constatadas as seguintes anomalias:

a) os preços de compra relativos aos convites nºs 04/2005 e 10/2005, realizados com intervalo de apenas 32 dias entre eles e ambos vencidos pela mesma empresa, PREMIERE COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA, foram superiores a 15%, a despeito de no convite nº 10/2005 ter sido aumentado a quantidade de cartuchos;

b) os preços de compra dos cartuchos nos três convites objeto da denúncia (convites nºs 04, 10 e 22) foram superiores em até 147,83% aos preços da aquisição realizada mediante o convite nº 29/2005, de novembro do mesmo ano (não objeto da denúncia).

Ainda para se comprovar os indícios de irregularidades nas referidas licitações verificados nos documentos periciados, convém mencionar os seguintes aspectos constantes no laudo pericial, no que se refere à análise do Processo Administrativo nº 7919/05 – Convite nº 022/2005 PGL/CEL, constante nas fls. 1.516/1517:

113. Nas análises a que se procedeu, foram verificadas diversas irregularidades de natureza grave, que indicam a ocorrência de montagem das licitações, conforme os capítulos anteriores deste trabalho, que relatam o resultado dos exames.

114. Para avaliar a existência de fraude ou conluio, procedemos exame na documentação das empresas vencedoras das licitações, constantes dos autos, e constatamos a existência de fortes indícios dessa possibilidade, conforme informações abaixo:

a) a empresa R. F. DE MENDONÇA – EPP, CNPJ 06.028.390/0001-94, vencedora do convite nº 22/2005, tem sede na Rua Virola nº 53, do Conjunto Kyssia, Bairro D. Pedro CEP 69040-360, Manaus/AM, conforme consta na Nota Fiscal nº 000008, de 18/08/2005;

b) consta da cláusula primeira do Contrato Social da empresa PREMIERE COMÉRCIO E

IMPORTAÇÃO LTDA, de 23/07/98, "vencedora" dos convites 04 /2005 e 10/2005, o endereço da sede à Rua Virola nº 53, Quadra 02 do Conjunto Kíssia, bairro D. Pedro – CEP 69040-360, até 08/03/05, quando por meio da 5ª alteração contratual houve alteração do mesmo para Avenida Pedro Teixeira, nº 1000, Bloco B – Loja 24 – Conjunto Debora – bairro D. Pedro em Manaus/AM, **indicando ter a empresa operado no mesmo endereço onde está sediada a empresa R.F. DE MENDONÇA – EPP.**

c) as grafias do preenchimento das notas fiscais emitidas pelas duas empresas, acima referidas, são semelhantes, aparentando terem sido efetuadas pela mesma pessoa.(NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA PREMIERE COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA: nº 000216, de 22/03/2005 e nº 000283, de 19/05/2005).

115. Observam-se, ainda, os seguintes indícios que devem ser objeto de investigação objetivando confirmar suspeita de que a empresa PREMIERE seria empresa de fachada criada por pessoas ou parentes dos sócios proprietários da empresa R. F. DE MENDONÇA – EPP para fraudar licitações realizas por Órgãos e entidades da Administração Pública, Federal, Estadual ou Municipal, para obtenção do número mínimo de concorrentes nos convites:

a) a principal sócia da empresa PREMIERE COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA, Carmem Enid **Ferreira de Mendonça***, com 66% (sessenta e seis por cento) das quotas do capital, tem como domicílio o endereço de funcionamento da referida empresa, conforme consta da quarta alteração contratual da mencionada sociedade;*

b) a coincidência do seu sobrenome FERREIRA DE MENDONÇA, com a denominação da empresa R.F. DE MENDONÇA (nas licitações, foi representada por RAIMUNDO FERREIRA DE MENDONÇA).

116. Além das questões citadas nos itens relacionados com a análise dos processos de licitação, foram encontrados fortes indícios de participação de servidores da PGJ/AM nos fatos aqui tratados, como é o caso das informações não verdadeiras registradas na Ata de julgamento do Convite nº 004/2005, quanto à suposta participação no certame da empresa VEGA INFORMÁTICA, com a apresentação da documentação de habilitação e proposta de preços, uma vez que não consta do processo qualquer elemento que evidencie a veracidade das informações da Comissão de Licitação, visto que:

a) não há nos autos qualquer documento da referida empresa, assim como das demais declaradas habilitadas pela CPL à licitação, conforme exige a Cláusula Segunda – DA DOCUMENTAÇÃO, da Carta-Convite;

b)não consta do processo proposta de preços da referida empresa;

c) não consta nome e nem assinatura do representante da empresa VEGA INFORMÁTICA na Ata da Reunião;

d) o nome da empresa não figura no mapa de apuração de preços (fl. 140) onde são relacionadas às empresas que foram habilitadas à licitação e apresentaram propostas.

Ante o exposto, entendo que os documentos referentes às referidas licitações para aquisição de cartuchos de impressora pelo MP/AM, feitas no ano de 2005, devem ser encaminhadas à Corregedoria Nacional do Ministério Público, para análise do aspecto disciplinar quanto ao procedimento dos responsáveis pelos aludidos procedimentos licitatórios, bem como ao Órgão do Ministério Público/AM competente para apreciar os fatos em face do previsto no art. 89 e seguintes, da Lei nº 8.666/93 e do Código Penal.

4. Licitação para contratação de serviço de buffet para 700 pessoas em festa junina promovida pelo Ministério Público do Estado do Amazonas no ano de 2005

Através da carta-convite nº 19/95 (Processo Administrativo nº 6.679/2005) que teve por objeto a contratação de buffet, no valor de R$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), para 700 (setecentas) pessoas, incluindo todos os membros e servidores do Ministério Público do Amazonas, a comissão especial de licitação da Procuradoria-Geral concluiu pela dispensa do procedimento licitatório, tendo sido feita a adjudicação direta do objeto do certame à empresa Buffet Gourmet – M DO P S dos Anjos da Silva -, sobre alegação de que apresentou menor preço e proposta mais vantajosa para essa Administração.

O referido procedimento licitatório foi periciado pela Comissão de Inspeção Extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas no Processo nº 4.551/05, que tramita naquela Corte de contas, cujo relatório em relação à referida carta-convite se encontra juntado aos autos às fls. 429/428 e 485/486, encontrou diversas irregularidades, das quais a seguir citamos algumas:

** Processo sem numeração de folhas (art. 38, Lei nº 8.66693);*

** A abertura do procedimento ocorreu no dia 21/06/05, mesma data da realização da festa junina. Não houve interessado e a despesa foi realizada com dispensa nos termos do art. 24, inciso V, da Lei 8.666/93, entretanto, entraram em contato com a firma M DO P. S. Dos ANJOS DA SILVA (Buffet Gourmet), no mesmo dia, apresentando sua proposta e na mesma data forneceu o buffet para 700 (setecentas) pessoas, evidenciando com isso a firma já estava contratava, bem antes da realização do procedimento licitatório.*

** Serviço realizado sem prévio empenho (art. 60, da Lei 4.320/64);*

** Sem justificativa de preço (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93); (grifou-se)*

Além de tais irregularidades, que são de extrema gravidade, pois indicam simulação de licitação, a decisão da autoridade administrativa pela realização de uma festividade de tal porte, custeada com recursos públicos, não observou os critérios de necessidade e adequação indispensáveis na prática de qualquer ato administrativo, contrariando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, pela qual, "deve a administração, em princípio, evitar a realização de despesas com festividades e somente devem ser toleradas as que possam ser associadas às finalidades da Instituição e impliquem gastos comedidos" (Decisão nº 290/97, Plenário do TCU, Ata nº 18/97). Essa jurisprudência vem de longa data, sendo que atualmente já existe provimento do TCU proibindo festividades estranhas à finalidade da Instituição Estatal custeadas por verba pública.

As informações prestadas pelo Procurador-Geral do MP/AM (fls. 905/906) e em seu depoimento (fls. 885/897) explicitando as razões que o levaram a decidir pela realização de tal festividade, bem com as justificativas para realização do procedimento licitatório no mesmo dia em que realizou a festa junina, não se prestam a elidir as irregularidades constatadas e a contrariedade ao interesse público de tal atividade.

Ante o exposto, em vista das ilegalidades contatadas e do evidente desvio de finalidade da aludida licitação que teve por objeto uma festa junina, para 700 (setecentas) pessoas, desvio este, caracterizado por prática de ato com o objetivo diverso da tutela do interesse público, devem os documentos referentes ao Processo nº 6679/2005 – carta-convite nº 19/2005 –, juntamente com cópia do relatório da Comissão de Inspeção Extraordinária do TC/AM (fls. 404/498) ser encaminhados à Corregedoria Nacional do Ministério Público para análise na área disciplinar e ao Órgão competente do MP/AM para pronunciamento quanto ao previsto nos arts. 89 e seguintes da Lei 8.666/93 e do Código Penal.

5. Compra do imóvel em Apuí/AM

Em 1º de julho de 2005 foi realizada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas a aquisição de um imóvel de 138m² na cidade de Apuí/AM, no valor de R$ 450.000,00 (quatrocentos mil reais), de propriedade do Dr. Jonas Neto Camêlo, Promotor de Justiça naquela localidade, para sediar a Promotoria de Justiça. Para isso, foi instaurado o procedimento licitatório de contratação direta, por dispensa de licitação nº 7.165/2005-PGJ, que se iniciou com a solicitação de compra feita pelo Diretor-Geral da PGJ/MP/AM (fl. 814), no dia

27/06/2005, se efetivando tal procedimento, com a aquisição do imóvel, através da escritura de venda e compra, datada de 01/07/2005 (fl. 828), tudo num período de cinco dias.

Alguns dias após essa aquisição, o PGJ/MP/AM resolveu desfazer a compra através de instrumento de distrato (fl. 833), lavrado no Cartório de Apuí/AM no dia 04/07/05, por entender que o imóvel não era adequado para atender as necessidades do MP/AM para a instalação de uma Promotoria de Justiça naquela Comarca.

A aquisição desse imóvel pela PGJ/MP/AM proferida por ato do Procurador-Geral, Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira, gerou uma série de críticas no âmbito do próprio MP/AM e na sociedade local, tendo em vista suas reduzidas dimensões (138m²), sua localização em uma pequena cidade do interior do Estado, com aproximadamente 2.000 habitantes a um preço notoriamente desproporcional, se considerarmos a tabela do sistema de controle dos custos unitários básicos de construção (CUB m²) para a cidade de Manaus, como foi feito pelos técnicos do TC/AM na Inspeção Extraordinária que realizaram no referido procedimento licitatório.

Aliás, na referida Inspeção Extraordinária, feita pela Comissão de peritos do TC/AM, foram constatadas as seguintes irregularidades:

> ** No projeto básico ... foi estimado para compra o valor de R$ 250.000,00, entretanto, o valor efetivo do imóvel alcançou um percentual a maior de 92%, ou seja, R$ 230.000,00;*
>
> ** Ausência do despacho que tornou dispensado de licitação a compra do imóvel;*
>
> ** Do início do processo administrativo de contratação até o seu final com a compra do imóvel transcorreram um espaço de cinco dias;*
>
> ** Ausência de documentos de comprovação que o imóvel é de propriedade do Sr. Jonas Neto Camêlo, de direito real pleno ou limitado ...;*
>
> ** Termo de avaliação do imóvel assinado por um fiscal de obras e pelo Secretário Municipal de Obras e Urbanismo, aparentemente inabilitados para fazer a avaliação do imóvel ... não está explicito no termo de avaliação o metodologia usado para tal, nem tão pouco, se forma utilizadas tabelas de preço como referência...*
>
> ** Quanto ao valor do imóvel, fazemos comparações com o valor do SINDUSCON/AM, análise comparativa de preços por padrão/pavto do mês de jun/2005 ... verifica-se que o CUB para residência (capital) em seu padrão maior é R$ 806,99. A PGJ/AM havia comprado o imóvel em alvenaria medindo 138m², no Município de Apuí/AM, pelo valor de R$ 450.000,00...*
>
> *Portanto o imóvel com as dimensões de 138m² foi vendido ao valor R$ 3.260,00 o m², evidenciando um valor superfaturado. Comparando o valor de R$ 806,99, valor estipulado para a capital, com o valor ofertado de R$ 3.260,00, encontramos um aumento de 303,97%. O valor do imóvel, se calculado com o valor da tabela do SINDUSCON/AM, que é de R$ 806,99*

CUB m², sairia por R$ 111.364,62, dessa forma, verifica-se uma diferença de R$ 338.625,38. Ressaltamos, mais uma vez, que os valores da referida tabela são estipulados para a capital, e que os valores para o interior, evidentemente, são menores, face os imóveis serem menos valorizados, principalmente os municípios de pouca população e de difícil acesso.

Analisando-se os documentos do referido documento licitatório, o relatório da Comissão de Inspeção Extraordinária do TC/AM, os depoimentos do comprador Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira, do vendedor, Dr. Jonas Neto Camêlo, do presidente da Comissão de Sindicância do MP/AM dos servidores da Prefeitura do Município de Apuí/AM que avaliaram o referido imóvel, do ex-proprietário do imóvel que vendeu o mesmo ao Promotor Jonas e da serventuária do Cartório de Apuí, que prestaram depoimento ao Presidente da Comissão de Sindicância, juntado aos autos (fls. 860/861, 871/872), chega-se as seguintes conclusões:

- O preço de R$ 450.000,00 pago pelo imóvel foi superfaturado em vista da área construída e do previsto para o metro cúbico em junho de 2005;

- O vendedor do imóvel, Promotor de Justiça Jonas Neto Camêlo, que oficiava na cidade de Apuí/AM, adquiriu em junho de 2004, o terreno onde está localizado o referido imóvel, pelo valor de R$ 12.000,00 e registrou tal aquisição em junho de 2005, no Cartório local pelo valor de R$ 5.000,00, sendo que em 1º de julho do mesmo ano vendeu tal imóvel à PGJ/MP/AM por R$ 450.000,00;

- O Promotor Jonas solicitou ao Sr. Gilberto Freire Diniz, fiscal de obras do Município de Apuí e ao Sr. Marcos Antônio Lise, Secretário Municipal de Obras e Urbanismo, que fizesse uma avaliação do imóvel vendido à PGJ/AM, mesmo sabendo que não tinham capacitação técnica, recomendando-lhes que o avaliassem em R$ 480.000,00 e afirmando-lhes que a avaliação serviria apenas para fins de registro no livro de imóvel dessa comarca de Apuí (fls. 860 e 872);

- O Dr. Jonas Neto Camêlo dificultou a investigação feita pelo Procurador de Justiça Cristóvão de Alencar Filho, Presidente da Comissão Sindicante do MP/AM sobre os fatos relacionados à aquisição pelo PGJ/AM do imóvel em Apuí, não comparecendo para prestar depoimento perante o mesmo, quando compareceu em Apuí para colher provas visando instruir a sindicância e determinando o trancamento das portas da Promotoria de Justiça local, onde o referido Procurador esta ouvindo testemunhas;

- A restituição do valor de R$ 450.000,00 feita pelo Dr. Jonas Neto Camêlo à PGJ/AM, no mês de outubro de 2005, mais de três meses após o distrato referente à venda dor referido imóvel, através de cheque administrativo da Caixa Econômica Federal, nominal a sua pessoa e endossado por ele, sendo que, no seu depoimento (fls. 1.449/1458) não informou a origem

do valor correspondente ao referido cheque, aduzindo que decorreu de venda de semoventes, não se recordando do nome dos compradores, mas apenas de seus apelidos, que são Zezinho e Júnior, tendo em vista que o negócio de gado na região é muito informal;

- Procurador Cristóvão Alencar Filho protocolou representação, datada de 03/07/2006, contra o Promotor Jonas Neto Camêlo na Corregedoria-Geral do MP/AM narrando os fatos ocorridos quando de seu deslocamento até Apuí, referente a conduta do mesmo na tentativa de impedir o seu trabalho de sindicante, bem como comunicando outros fatos que tomou conhecimento atribuídos ao referido Promotor, entre os quais, exercício de comércio de compra e venda de gado, que implica prática de vedação constante no art. 119, inciso III, da LOMP e desmatamento de florestas em área de preservação ambiental, para abertura de pastagens, conforme consta no depoimento de fls. 797/803 e 804/810, não havendo notícias nos autos de qualquer solução pela referida Corregedoria-Geral;

- O Procurador-Geral de Justiça, Dr. Vicente, agindo como dirigente máximo do MP/AM foi negligente em ter aceitado um termo de avaliação apresentado pelo próprio vendedor do imóvel a ser adquirido e por não ter exigido avaliação por técnicos especializados na área da construção civil ou de corretagem de imóveis, bem como por ter adquirido imóvel por preço exorbitante, sem ao menos ter visto o imóvel pessoalmente ou através de seus assessores da PGJ e ainda por ter decidido tal aquisição que necessitava de licitação em apenas cinco dias. Reconhecendo tais deficiências na prática deste ato administrativo, o PGJ anulou o mesmo poucos dias após sua concretização, através de escritura pública de distrato, com a restituição pelo vendedor do valor pago, acrescido dos juros, não tendo ocorrido prejuízo para a Administração Pública;

- Tendo em vista a efetivação do distrato, feito por escritura pública, com a restituição à Administração do Ministério Público/AM do valor pago acrescido dos juros de mora verifica-se que não houve prejuízo ao erário público, não sendo o caso de se desconstituir o ato administrativo referente a aquisição pelo MP/AM do imóvel em Apuí/AM.

Todavia, ao se constatar ilegalidade decorrentes de superfaturamento, tentativa de enriquecimento ilícito e não observância das formalidade legais no referido procedimento licitatório relativo a aquisição do referido imóvel em Apuí, deverá ser encaminhado cópia de toda documentação referente ao caso em exame à Corregedoria Nacional do Ministério Público, para fins de análise no campo disciplinar e ao Órgão competente do Ministério Público/AM para apreciação dos fatos em face dos artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 8.429/92, do Código Penal e, ainda, ao MPF e Receita Federal em Manaus para análise quanto a sonegação fiscal e lavagem de dinheiro.

6. Pagamento de diárias ao PGJ/MP/AM

Referente ao pagamento de elevado número de diárias ao Dr. Vicente Augusto Cruz de Oliveira, no período de janeiro à outubro de 2005, noticiada no relatório da Comissão Especial do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, que foi investigado durante a instrução probatória, constata-se pelos documentos de fls. 1.571/1578 que as viagens formam autorizadas por portaria do PGJ substituto, com especificação do fim a que se destinava e o local de destino, porém, não há qualquer comprovante da realização dos deslocamentos autorizados.

Constatou-se pelas provas juntadas aos autos que, de janeiro a outubro de 2005 o requerido obteve o pagamento de 101 (cento e uma) diárias, o que corresponde a viagens durante 101 dias num período de dez meses. Apenas como exemplo, analisando-se os documentos de fls. 1578/1583, verifica-se que o requerido viajou no mês de maio/2005, nos períodos de 04/05/06 – 09/10/11 – 12/13 – 16/17/18/19/20 – 23/24/25, respectivamente para as cidades de Brasília, São Paulo, Altazes/AM, Fortaleza e Porto Alegre, totalizando dezesseis dias. Nos meses que se seguiram, de junho à outubro, o número de diárias percebidas por mês ficaram em 13, 14, 15, 12, o que evidencia indícios de desvio de finalidade e abuso de poder em benefício próprio.

Embora o administrador tenha liberdade de analisar a conveniência e a oportunidade, na prática de atos administrativos discricionários, os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade, e ainda, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ou proibição do excesso, implícitos na Lei Maior, recomendam ao administrador público utilizar critérios de racionalidade, adequação e necessidade, quando da prática de ato administrativo.

Assim, embora ao administrador público caiba decidir sobre a aplicação dos recursos orçamentários que o Órgão dispõe, certamente não existe autonomia absoluta para aplicar esses recursos em proveito próprio, nem acolhe o ordenamento jurídico, imunidade total ao administrador a ponto do órgão controlador não poder analisar a adequação dos atos administrativos discricionários aos referidos princípios constitucionais.

Em razão do exposto, entendo que os critérios de racionalidade, adequação e necessidade não foram observados quanto aos referidos pagamentos de diárias, que caracteriza conduta que merece ser investigada no campo disciplinar, entendo que os documentos sobre tais atos administrativos devem ser encaminhados à Corregedoria Nacional do Ministério Público.

Ante o exposto, voto que no sentido de que sejam adotados pelo Pleno do Conselho Nacional do Ministério Público as seguintes providências:

a) Desconstituir o ato administrativo proferido pelo Procurador-Geral de Justiça MP/AM, Cristóvão Albuquerque Alencar Filho, no Processo Administrativo nº 9982/04-PGJ, que autorizou pagamento indevido de R$ 227.299,51 e sem a observância da prescrição qüinqüenal ao Promotor de Justiça David Evandro da Costa Carramanho, devendo o mesmo restituir tal valor aos cofres públicos, ficando a Procuradoria Geral do MP/AM encarregada de adotar as providências administrativas para efetivar tal ressarcimento nos termos da lei.

Encaminhar os documentos referentes o processo administrativo nº 9982/04-PGJ/MP/AM que autorizou tal pagamento, acompanhados da perícia da AUDIN, ser encaminhado à Corregedoria Nacional do Ministério Público para análise quanto eventuais efeitos na área disciplinar, em relação às autoridades Ministeriais que autorizaram e efetivaram o referido pagamento, bem como ao próprio beneficiado com o mesmo, e ao Órgão do Ministério Público do MP/AM competente para análise deste caso para os efeitos do artigo 10, inciso XI, da Lei 8.429, de 02 de junho de 1992 (Lei de improbidade administrativa).

b) Expedir recomendação ao PGJ/MP-AM, Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira, para que melhor regulamente a referida gratificação de produtividade definindo critérios, metas mensuráveis e objetivos a serem atingidos, a fim de cumprir os referidos princípios constitucionais.

c) Encaminhar os documentos referentes às referidas licitações para aquisição de cartuchos de impressora pelo MP/AM, feitas no ano de 2005, à Corregedoria Nacional do Ministério Público, para análise do aspecto disciplinar quanto ao procedimento dos responsáveis pelos aludidos procedimentos licitatórios, bem como ao Órgão do Ministério Público/AM competente para apreciar os fatos em face do previsto no artigo 89 e seguintes, da Lei nº 8.666/93 e no Código Penal.

d) Encaminhar à Corregedoria Nacional do Ministério Público para análise na área disciplinar e ao Órgão competente do MP/AM para pronunciamento quanto ao previsto nos artigos 89 e seguintes da Lei 8.666/93 e no Código Penal, em vista das ilegalidades contatadas e do evidente desvio de finalidade da aludida licitação que teve por objeto uma festa junina, para 700 (setecentas) pessoas, desvio este, caracterizado por prática de ato com o objetivo diverso da tutela do interesse público, devem os documentos referente ao Processo nº 6679/2005 – carta-convite nº 19/2005 –, juntamente com cópia do relatório da Comissão de Inspeção Extraordinária do TC/AM (fls. 404/498).

e) Encaminhar cópia de toda documentação referente ao Procedimento Licitatório nº 7.165/2005-PGJ, referente à aquisição pela PGJ/AM do imóvel em Apuí/AM, à Corregedoria Nacional do Ministério Público, para fins de análise no campo disciplinar e ao Órgão competente do Ministério Público/AM para apreciação dos fatos em face dos artigos 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 8.429/92 e do Código Penal e, ainda, ao MPF/Manaus e Receita Federal para análise quanto a sonegação fiscal e lavagem de dinheiro, por ter se constatado ilegalidades decorrentes de superfaturamento, tentativa de enriquecimento ilícito e não observância das formalidade legais no referido procedimento licitatório.

f) Encaminhar à Corregedoria Nacional do Ministério Público os documentos alusivos ao pagamento de diárias para o Procurador Geral de Justiça/AM, Dr. Vicente Augusto Cruz Oliveira, no valor de R$ 100.185,10 (fls. 460/461), no período de janeiro à outubro de 2005 (fls. 404/498 e 1.571/1.578) por entender que os critérios de racionalidade, adequação e necessidade não foram observados quanto aos referidos pagamentos de diárias, que podem caracterizar conduta que mereça ser investigada no campo disciplinar.

Brasília, 18 de dezembro de 2006.

OSMAR MACHADO FERNANDES

Relator

PROCESSO Nº 0.00.000.000628/2006-17
RELATOR P/ACÓRDÃO: CONSELHEIRO RICARDO MANDARINO BARRETO
INTERESSADA: TÂMERA PADOIN MARQUES
OBJETO: CONCURSO PÚBLICO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO.

EMENTA

Procedimento de Controle Administrativo. Não é razoável exigir-se que um candidato saiba de cor os artigos dos textos legais. Exame oral tendencioso pelo fato de haver a candidata impetrado Mandado da Segurança contra ato da Comissão de Concurso. Falta de imparcialidade da Comissão. Pedido procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 0.00.000.000628/2006-17, acorda o Plano do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, julgar procedente o pedido para anular a arguição do grupo 03, do XI Concurso para o Ministério Público do Estado de Rondônia, em relação apenas à requerente, para que ela seja submetida a nova arguição. Vencidos a Relatora e o Conselheiro Saint'Clair Nascimento. Modificou o voto o Conselheiro Francisco Maurício para acompanhar a divergência.

Brasília, 18 de junho de 2007.

RICARDO CESAR MANDARINO BARRETTO
Relator para o Acórdão

VOTO - VISTA

Ouvi atentamente a gravação da inquirição da candidata na prova oral para o concurso ao cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia, acompanhando a degravação enviada pela candidata, o que muito ajudou na análise dos fatos.

Confesso que a credibilidade conquistada pela Conselheira Janice Ascari, ao longo destes dois anos, aqui no Conselho, afora a que já possuía e possui no âmbito do Ministério Público Federal e da sociedade brasileira, em algum momento, chegou a me levar à dúvida de se, de fato, seria necessário pedir vista parcial do processo, relativamente apenas à gravação da prova oral.

Assim procedi, no entanto, porque estou cada vez mais convencido de que nós, os juízes, como seres humanos, não somos imparciais sob o ponto de vista ideológico. Os valores pessoais de cada um, a sensibilidade, a formação cultural que agregamos durante as nossas vidas interferem nos nossos julgamentos. A imparcialidade deve sempre existir e essa é intolerável que não exista com relação às partes, daí, a possibilidade de alegações de suspeição e impedimento, que os códigos de rito elegem.

Não é por acaso que toda decisão judicial monocrática pode e deve ser sempre revista por órgãos colegiados, o que não significa dizer que os órgãos colegiados sempre julguem melhor, mas a possibilidade de julgar com menos riscos de desacertos e sempre maior. Afinal, em um órgão colegiado, colhe-se a média dos valores, da sensibilidade, da cultura e da experiência de cada julgador, o que confere, à decisão, uma segurança mais consistente.

Toda essa introdução, aparentemente desnecessária e totalmente incondizente com a minha postura normal de julgador, é para afirmar que tenho convicção de que o que a Dra. Janice percebeu é o convencimento dela, o sentimento mais honesto dela, mas, da minha parte, ouso discordar totalmente, com todo o respeito.

O que percebi foi que o recurso da recorrente tem toda a procedência, na minha visão dos fatos. Após fundamentar o meu voto, gostaria de sugerir que cada Conselheiro desta Corte, se ainda estiver dominado pela dúvida, ouvisse a gravação do exame da candidata. Passo, depois desse longo "nariz de cera", como se diz em linguagem jornalística, ao voto.

A recorrente pede revisão da nota relativamente ao Grupo III, da prova, ou alternativamente, a anulação das arguições, a fim de ser sabatinada por examinadores isentos ou imparciais.

Preliminarmente afasto de plano, a ideia de revisão de nota. Penso que os

julgadores não podem pretender serem mais aptos a conferir notas em provas do que os examinadores. A ideia, a presunção que deve prevalecer sempre é a de que os examinadores estão mais preparados para aferir a qualidade do candidato. Não há como pensar de forma diversa.

É certo que, quando se trata de provas relativamente à matéria jurídica, somos tentados a dar palpite, muitas vezes por questão de vaidade, com o objetivo de demonstrar conhecimento, erudição, etc.

Tudo isso se revela muito perigoso, posto que há exames para cargos em que se exige conhecimento de matérias que não dominamos. Nesse caso, como deveríamos proceder? Realizar perícia, etc., não seria razoável. O correto é o que a Jurisprudência brasileira vem afirmando que o Juiz não pode se substituir ao examinador.

Pode, no entanto, em verificando desvio de finalidade, anular a prova para que outra se realize em seu lugar. É o que vou tentar demonstrar.

Ressalto, de logo, que não percebi, pela gravação, nenhuma grosseria dos examinadores para com a candidata.

No entanto, de forma, na maioria das vezes sutil, houve sim, ao meu sentir, uma tentativa de desestabilizá-la emocionalmente, em alguns momentos de forma bastante acintosa. A sutileza ficou por conta, creio eu, por serem os examinadores pessoas bastante inteligentes e bem preparadas intelectualmente, o que ficou bem claro nas inquirições. As tentativas de desestabilização não poderiam ser explícitas.

No exame da matéria Direito Institucional, cujo examinador foi o eminente Procurador Geral de Justiça Dr. Abdiel Ramos Figueira, percebi que a candidata, de um modo geral, saiu-se muito bem; respondendo a todas as perguntas com razoável segurança e, em pouquíssimos momentos, disse não se recordar da resposta à inquirição. Vejamos. Transcrevo parte da inquirição.

> *8) E: Em que casos poderá haver a avocação do processo disciplinar e curso contra membros do Ministério Público e seus serviços auxiliares é... né...perante...oh... no Conselho Nacional do Ministério Público?*
>
> *C: Excelência, a emenda constitucional ela não especifica, ela só concede, determina essa competência do órgão, do Conselho Nacional do Ministério Público, mas a doutrina tem entendido que é nos casos em que o processo não tem o regular andamento, nos casos em que...*
>
> *E: E quem pode fazer isso lá em cima?*

C: Quem pode fazer?

E: Isso.

C: Salvo engano, é o Corregedor...que é membro do Ministério Público também.... eleito entre o Colégio, oh, o Conselho.

9) E: A Conamp poderia fazer isso?

C: A Conamp não porque e um órgão associativo, na verdade, a competência é do Conselho. Pode ser a pedido do interessado também, mas quem tem que avocar é o Conselho.

E: Sim, com certeza. Por exemplo, o Presidente Nacional da OAB poderia fazer isso também?

C: Poderia entrar com esse pedido?

C: A Emenda fala qualquer interessado, há um interesse público no caso. Bom, já que o Presidente da OAB oficia junto ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Como se vê, a candidata saiu-se muito bem nessa questão, em que pese a insistência do examinador em tentar confundida, perguntando se a CONAMP poderia avocar processo administrativo.
O examinador segue inquirindo a candidata para, em determinado momento, dirigir-se a ela utilizando-se da expressão "não enrola".

10) E: isso é número taxativo, não é qualquer interessado não. Ta? É... Diga-me, quais são os requisitos para que membro do parquet possa exercer a advocacia?

C: Ele deve ter se desligado das atividades, ne, e ter decorrido mais de três anos, naquele mesmo foro em que ele atuava, senão ele terá que ir para outro. Então, são três anos após o desligamento das funções.

E: Ah...Deixa eu lhe dar uma dica...eu poderia...
C: Ah! A norma de transição, mas a previsão no ADCT para os membros que entraram anteriormente a 1988...

E: Esse é um dos requisitos, tem mais dois... A senhora não lembra?

C: No momento não, excelência...

E: Por exemplo, pensando assim no lado judeu dos advogados, se a senhora pagar, eu por exemplo deveria estar pagando desde de 82 até hoje...

C: A anuidade?

E: A nuidade! Não é. E nos casos, por exemplo, em que de ordem legal o Ministério Público fosse obrigado a participar, eu estaria fora? Lembra disso?

C: No momento não está muito clara a minha memória, excelência...

11) E: Muito hem. Qual a natureza jurídica da atuação do MP?

C: Ela tem origem na Constituição Federal, e...

E: Não enrola!

C: Qual é a natureza jurídica da atuação do MP? Essa é de graça, pensa um pouquinho...

C: É constitucional.

E: Sim!

E: O fato de eu, de nós, os promotores de justiça, estarmos trabalhando com os juízes, estaríamos judicando?

C: Não!
E: Então...
C: Eu to compreendendo a pergunta...

E: A natureza jurídica? Eu só tava lhe dando um caminhosinho pra senhora deslanchar, então fica só na pergunta.

C: É constitucional, em relação a interesses de incapazes, em relação da natureza da matéria em que se estará se tratando, em relação à parte. O que eu não estou compreendendo

excelência é em que sentido é a natureza jurídica que o senhor quer que eu responda.

E: Da atuação! Era só. Mas depois eu te conto!

12) E: Quando será admitida a revisão dos processos disciplinares?

C: Nos casos em que a decisão for contrária à evidência dos autos, contrária a texto de lei, ou nos casos em que surgir prova nova quanto aquele em que foi aplicada a penalidade.

13) E: Me diz uma coisa, antes da Constituição de 88, algum outro diploma já considerou o MP como instituição necessária?
C: Salvo engano a Constituição de 1937, houve disposições constitucionais sim anteriores a 88, mas não com essa amplitude de atribuições, não com essa configuração, que tem hoje na Constituição de 88. Em muitos casos ficava restrito ao âmbito criminal, ou como um braço do Poder Executivo, mas como está na Constituição de 88 não.

14) E: Mais umazinha. Quais os princípios infra-constitucionais inerentes ao Ministério Público ditados pela doutrina? Os Constitucionais todo mundo sabe, eu quero os infra-constitucionais.

C: Sim, unidade, indivisibilidade... Com relação ao Ministério Público ou com relação aos membros?

E: Sim... lnfra-constitucionais...

C: Autonomia financeira, administrativa. Com relação aos membros do Ministério Público ou ao Ministério Público em si excelência?
E: Enumeradas ao Ministério Público.

C: No momento não me recordo excelência...

E: Tudo bem. É eu acho que já ultrapassei o meu tempo. Muito obrigado.

Percebam os Senhores Conselheiros, que não e razoável um examinador dizer a um candidato que ele está enrolando. Além de não ser elegante, isso desestabiliza qualquer examinando, mormente numa prova oral, onde a situação de estresse é alta,

gigantesca mesmo. No caso particular, de uma candidata submetida a uma prova por força de uma liminar, a situação é ainda mais delicada. A candidata tem que se portar com extrema cautela para não ferir suscetibilidades, como de fato o fez e a banca examinadora há que também portar-se igualmente com extrema cautela para não parecer tendenciosa. Não foi o que aconteceu no caso em apreço por parte da banca, isto e, por parte dos que examinaram a prova do Grupo III. A insistência em confundir a candidata com perguntas irrelevantes e afirmações capciosas como **"caminhosinho para Senhora deslanchar"** ou **"depois eu te conto" "mais uma mãozinha"** não objetivam nem extraem do candidato conhecimento necessário para avaliar se tem ou não o mesmo a indispensável competência intelectual para o exercício do cargo. É de se perguntar, o que pretendia o examinador com esse tipo de procedimento? A resposta é óbvia, desqualificar a candidata.

A situação ainda se revela mais grave na inquirição das questões relativas a direito constitucional tributário e direito administrativo/improbidade. Transcrevo a seguir as questões de direito constitucional tributário, formuladas pelo Procurador de Justiça Dr. Ivo Benitez.

Bom dia Dra. Tâmera!

1) E: O tema do ponto 4 fala de controle de constitucionalidade, intervenção federal e tributos em espécie. Uma pergunta assim, só pra nos iniciamos a conversação a senhora já ouviu falar em espada "Dâmocles"?

C: Não excelência.

E: Não? Porque a tudo momento pessoas dizem que o Estado de Rondônia precisa de uma intervenção federal, a senhora já ouviu isso?
C: Jã excelência.

E: Vamos supor que seria isso uma espada de "Dâmocles" ameaçando Rondônia de uma intervenção...

2) E: Eu gostaria de ouvi-la sobre intervenção federal, vamos pensar como seria isso?

C: As hipóteses de cabimento?

E: Fale sobre intervenção.

C: Sim. A intervenção federal ela se dá para repelir a intervenção federal de um Estado membro em outro, ou para repelir invasão estrangeira, para assegurar a separação dos poderes, para assegurar a lisura das contas nos casos em que o Estado deixa de repassar, os percentuais que a lei determina para a saúde e educação, também para assegurar vigência de lei federal, o cumprimento de decisão...

E: Bem a dra. tá no caminho certo, só pra nós, nosso tempo é curto, então nós temos queir aprofundando... Como é que se daria essa intervenção por exemplo no Executivo?

3) C: Neste caso, o Presidente deverá baixa um decreto e nomear um interventor e também essa questão deverá ser submetida ao Congresso.

E: Sempre é necessária essa aprovação do Congresso?

C: Não em todas as situações, por exemplo no caso de descumprimento de decisão judicial não é necessário. O próprio STF julga a questão e o chefe do Poder Executivo pode fazer.

4) E: E vamos falar então em intervenção do Poder Legislativo, como seria?

C: Como seria o procedimento?

E: O Procedimento, os efeitos...

C: No caso, suspende as atividades até que seja organizada e é restabelecida a ordem.

E: Sim, eu ponho lá um general, uni soldado, quem que eu ponho lá?

Havendo o examinador percebido que a candidata seguia bem na resposta 2, resolveu interrompê-la por conta do tempo para, supostamente, ir aprofundando. A Candidata continuou saindo-se bem nas respostas seguintes até que o examinador não se conteve e, de forma irônica, perguntou se, no caso de intervenção no Poder Legislativo, deveria ser colocado lá um soldado, um general. Evidentemente que o examinador queria ridicularizar a candidata, fazendo crer a ela que a resposta era uma grande tolice, posto que, até então, a mesma vinha se saindo muito bem. Como

o candidato não pode debater com o examinador, afinal está sendo avaliado e o examinador tem sempre razão, o resultado disse é que o nervosismo vai dominando o emocional de quem se encontra em uma situação delicada como essa.

Não fosse isso, até uma reação daquelas consideradas impróprias, mas perfeitamente humanas resolveria o problema. No entanto, vale lembrar que a maioria dos editais dos concursos prevê que, qualquer candidato que seja descortês com membros da banca é afastado sumariamente da disputa. Se os examinadores têm consciência disso, com muito mais razão, têm o imperioso dever de tratar com respeito os candidatos que estão a examinar.

Depois dessa situação, com a invocação de um general ou um soldado, o examinador acabou por fazer a candidata confundir-se e sair-se mal na resposta seguinte. Vamos a ela.

E: Sim, eu ponho lá um general, um soldado, quem que eu ponho lá?

C: Deverá nomear um interventor federal ali.

E: No legislativo?

C: Do próprio órgão né? Alguém do Congresso que deverá ser nomeado interventor.

E: Há alguma hipótese de afastar todos os deputados estaduais? Nesse caso então seria isso?

C: Não me recordo excelência.

E: Poderia chamar os substitutos? Como se chamam os substitutos?

C: Suplentes.

E: Eu vou fazer uma pergunta e a senhora me corrija se for necessário e esclareça.

5) E: Qual a função do Procurador-Geral da União envolvendo ações de controle de inconstitucionalidade no Supremo?

C: Além de ser um dos legitimados para propor a ação, ele também deve opinar pela procedência ou não da pretensão.

E: É que eu falei uma palavra Procurador-Geral da União.

C: Ah! Procurador-Geral da República, excelência, Desculpa...

E: E se for Procurador-Geral da União quem seria?

C: Porque no caso quem atua permite o STF é o Procurador Geral da República.

6) E: Ninguém mais? Porque o Ministério Público ele tem um trabalho que se chama "custus legis" e alguém faz a defesa dessa lei?

C: Sim. Excelência, o advogado-geral da União.

Nas questões acima, o examinador realizou uma espécie de "pegadinha", chamando de Procurador Geral da União o que seria Procurador Geral da República. A candidata não percebeu inicialmente a maldade, talvez pelo fato de estar extremamente contida em suas reações, como é comum em todos os candidatos em concurso público em não contrariar o examinador. É certo que o examinador, no caso, pediu que ela o corrigisse, fazendo-lhe crer que pudesse estar afirmando alguma impropriedade. Mas, quando alertada novamente corrigiu, o que demonstra domínio do tema.

Nas perguntas seguintes, para as quais peço a mais detida atenção de Vossas Excelências, o examinador sai completamente do tema para inquiri-la justamente sobre o mandado de segurança da Candidata, onde tenta, o tempo, todo confundida com perguntas totalmente irrelevantes. Mesmo assim. Ela se saiu bem. Vale conferir.

8) E: Muito bem. Voltando aqui ao Controle de Constitucionalidade, vamos lembrar da Constituição quando ela exige, pede aqui para ingresso na carreira do Ministério Público, que se exija do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, e a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, mas ou menos, dá uns exemplos de atividades consideradas jurídicas, então a Senhora lembra quais seriam essas atividades?

C: Lembro. E, exercício da advocacia, o exercício de cargo privativo de bacharel e recentemente foi incluído cursos de pós-graduação.

9) E: Eu gostaria de saber sobre a cumulatividade, a dra se forma num ano, recebe o título de bacharel em Direito e exerce um cargo exclusivo de atividade jurídica, um cargo técnico, da

área, trabalha um ano ali, à tarde faz Escola da Magistratura e à noite faz um Curso de Pós-graduação reconhecido aqui pelo Conselho Nacional. Preencheria em um ano essa exigência de três anos?

C: Não.

10) E: E se eu insistir e entrar com o Mandado de Segurança e dizer que a Resolução não especifica que não?

C: Mas a Constituição fala em 3 anos de atividade jurídica, como a Constituição fala em 3 anos, como a Resolução regulamentou com de cargo privativo de bacharel deve-se entender como o trancurso desse tempo exercendo essas funções. Por que, na verdade, terá um ano só.

11) E: Mas o Conselho não fala que tem de ser três anos corridos, não pode acumular?

C: Realmente é uma questão de interpretação, se a Constituição fala 3 anos deve-se entender como o decurso desse prazo.

12) E: Se eu conseguir uma liminar, hipótese, a senhora é Dra. será a Promotora e irá receber o Mandado de Segurança que já tem uma liminar aceitando essa cumulação, como é o nome, cumulação ficta né, e uma liminar por acaso surgir aceitando a cumulação ficta, como seria o parecer da dra. traçando aspectos legais para combater essa liminar?

C: É que primeiro a norma constitucional deve ser observada e ela é que vai ditar os patamares para que a questão seja regulamentada.

E: Um argumento jurídico além desse que a Senhora já mencionou...

C: Poderia utilizar analogicamente aqueles casos de aposentadoria, em que é vedada a contagem ficta, a Constituição em várias hipóteses ela fala dessa contagem, então, no caso estaria num entendimento sistemático, estaria indo contra a Constituição.

Mesmo diante de toda essa teratologia inquisitorial, a candidata saiu-se muito bem, repita-se. Demonstrou muita segurança, porque o que o examinador lhe perguntava não servia para qualquer avaliação. Eu mesmo, por mais que me esforce, não me recordo de alguma hipótese de contagem de prazo simultâneo. Forçar, como o fez o

examinador, só serviu para demonstrar que realmente pretendia que era desqualificar a candidata, mas não conseguiu. Ela se saiu muito hem, em que pese a situação, em que pese não ser aquele o tema da matéria.

Não estou exagerando, Excelências. Vejam o que o examinador faz com a candidata, ao perceber que não conseguiu desestabilizá-la. A prova era de direito constitucional tributário. O examinador, que já havia saído completamente do tema, ao indagar a candidata sobre o tempo necessário para o exercício de carreira jurídica, acabou por se superar. Não se conteve e foi explícito ao se referir justamente sobre o mandado de segurança que a Autora havia impetrado.

Mesmo que o tema sorteado tivesse sido esse, por cautela, pelo cuidado de passar uma ideia de imparcialidade, que era o seu dever, jamais qualquer examinador poderia inquiri-la sobre o mandado de segurança que ela impetrou para continuar concorrendo. Vamos à continuação do texto degravado.

> *13) E: Na interpretação da dra, será que vai contra a Constituição, essa situação relativa ao Mandado de Segurança quando a Constituição diz três anos nos bacharéis em Direito, como é que a dra interpretou isso, porque a dra entrou com um Mandado de Segurança e nós temos que... A sua palavra não como candidata, eu quero ouvi-la como Promotora de Justiça, fiscal da lei nesse mandado de segurança.*
>
> *C: Bem, inicialmente eu também tive essa dúvida, e inúmeros doutrinadores se manifestaram nesse sentido, quando se fala em três anos do bacharel em direito havia dúvida se era a partir do bacharelado ou se podia serem computadas atividades exercidas anteriormente porque a norma ela não é clara, se falar três anos a partir do bacharelado, ela fala do bacharel, mas posteriormente essa questão foi regulamentada com essa norma, essa Resolução do Conselho Nacional que o senhor mencionou. Então nesse caso como já está regulamentada pelo órgão competente, a partir da resolução, salvo engano, que é de fevereiro, deve ser obedecida a contagem a partir da colação de grau, a partir daí como a própria resolução falou.*
>
> *14) E: Muito bem. A Dra. já respondeu algo sobre isonomia, o que significa a isonomia, em rápidas palavras?*
>
> *C: É o tratamento igual para aqueles que se encontram em situações iguais.*
>
> *15) E: Em um concurso como este que a senhora está participando, a senhora recebe um Mandado de Segurança na mesma situação que a senhora está enfrentando, em que documentos são apresentados fora de prazo, isso aí é igualdade entre as partes?*

C: No nosso mandado de segurança?

E: Num caso semelhante. Num concurso como esse, existe um prazo, a entrada de documentos vai até o dia 30, digamos, de agosto, e o candidato chega com o documento dia 15 de setembro, isso ai iria ferir ou não a isonomia entre as partes?

C: Sim excelência, mas sem comentar a questão relativa ao nosso caso específico...

E: A senhora é promotora...Vamos analisar o caso sobre a lei.

C: Sim, iria analisar o edital do concurso.

E: Existe o lado passional que é quem se emociona, quem vive o drama. E a senhora hora precisa se isentar da paixão, para fazer um caso, para emitir um parecer técnico.

C: Sim, excelência. Como promotora de justiça, eu analisaria os editais que regulam o concurso, se existe alguma regra editalícia que autorize o candidato comprovar essa situação em algum momento posterior, eu diria que deveria ser seguido o edital em razão do principio da vinculação editalícia c do princípio da legalidade.

16) E: Muito bem. Claro, claro. E agora depois da decisão do Supremo com respeito do assunto que diz que é da inscrição definitiva?

C: Bem, primeiro essa decisão do Supremo disse respeito se era constitucional ou não essa exigência, foi entendido que sim. Ela tem efeito vinculante para a Administração, mas ela tem efeito vinculante a partir de 31 de agosto que foi a data da decisão. Esse entendimento ele não pode retroagir para desconstituir atos praticados regularmente. Ela deverá ser obedecida a partir de então.

E: Mas não é a decisão, ela apenas interpreta. O texto legal já existe.

C: Sim, mas é porque o texto já estava regulamentado.

E: Não precisa regulamento.

C: Mas havia divergências excelência [...]

O examinador lança para a candidata uma situação idêntica a qual ela é parte,

de forma totalmente desnecessária, para confundi-la, para desestabilizá-la, para deixá-la insegura, para deixá-la profundamente constrangida, enfim, para desqualificá-la. Chega ao ponto de exigir dela que se manifeste sobre o tema sem paixão. Pergunto. Como isso seria possível por parte de alguém que é parte interessada em processo e defende uma tese em que supostamente o examinador não concorda. Se ela insistir na sua tese, o examinador irá dizer que a resposta está errada. É óbvio. Era isso exatamente que ele queria, mas não conseguiu. Ela manteve a calma e se saiu razoavelmente bem diante da situação.

Esse comportamento do examinador, ao meu sentir, demonstra claramente a total falta de isenção para examinar a candidata, afinal havia tantos assuntos a indagar sobre direito constitucional tributário, que a pergunta que fica é: Qual a real intenção do examinador fugir totalmente do tema oficial e com um detalhe para escolher justamente o outro tema, a causa de pedir do seu mandado de segurança da candidata? A resposta é óbvia. Ressentimento, inconformismo com a irresignação da candidata. Pura vaidade. Nada mais.

O examinador seguinte, de direito administrativo e improbidade, também não foi menos cruel com a candidata. Vamos às indagações e às respostas.

Dra. Tâmera, Ponto 4, Direito Administrativo: ato administrativo. conceito, requisitos, classificação, espécies, teoria dos motivos determinantes, invalidação, além da legislação do MP que a Senhora já conversou com o Dr. Abdiel e improbidade administrativa.

1) E: Eu começo a conversar com a senhora sobre ato administrativo, e, nessa esteira, eu lhe pergunto, como se vê a auto-executoriedade diante do contido no Artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal?

C: Mas é, eu não me recordo qual é o texto contido neste artigo excelência.

E: Nem eu. O artigo mais famoso da Constituição Federal.

C: Artigo 5°, inciso LV?

E: Artigo 5°, inciso LV!

C: Excelência o rol do Artigo 5° ele é muito extenso e eu confesse que eu tenho dificuldade para decorar texto de lei...

E: Eu acho que o artigo 5°, inciso LV, a senhora citou no seu Mandado de Segurança quanto ao princípio da ampla defesa. É exatamente isso, ampla defesa.

C: Sim. Como se dá a auto-executoriedade com relação à ampla defesa?

E: Como se vê a auto-executoriedade diante do contido no Artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal? Essa é a pergunta.

C: Um dos atributos dos atos administrativos é a auto-executoriedade, mas há casos que, para que esse ato seja executado, é necessário que haja prévia instauração de um processo administrativo, com observância das regras legais, em outros não, o ato já tem esse atributo e a parte pode questionado em juízo ou até mesmo perante a Administração.

2) E: Há doutrinadores que não aceitam como correta a classificação do ato administrativo discricionário, por quê?

C: Porque, na verdade, dizem que o Administrador é sempre vinculado, embora a lei nos casos de ato discricionário, lhe conceda uma ou outra situação para atuar, para decidir, ele está sempre vinculado à moralidade e aos princípios que regem a Administração Pública e aquelas hipóteses que lhe dão o poder de decisão. Ele não pode inovar no caso.

3) E: Há alguma exceção à regra de que os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem ex tunc?

É: Nos casos em que há direito adquirido, há essa previsão expressa e também nos casos de revogação por conveniência e oportunidade da Administração, havendo direitos adquiridos...

4) E: Em que situação o ato administrativo geral poderá ser atacado por quem se sentir lesado pela atuação administrativa?

C: Em que situação? Qual é a medida utilizada para combater a lesão excelência? Desculpe, eu não entendi a pergunta excelência?

E: Em que situação o ato administrativo geral poderá ser atacado por quem se sentir lesado pela atuação administrativa?

C: Na situação em que esse ato vier a restringir direitos, ou a prejudicada, essa pessoa tem legitimidade para questionar em juízo ou perante a própria administração pela via cabível.

5) E: Improbidade administrativa. É sabido que o bem de família é impenhorável, a senhora conhece alguma situação em que possa excepcionar essa ressalva no que pertine a reparação do patrimônio público?

C: Se esse bem tiver sido adquirido com recursos adquiridos ilicitamente com dinheiro da Administração Pública, não vai prevalecer essa cláusula de impenhorabilidade. Porque, na verdade, a lei de improbidade administrativa determina que devem ser restituído ao erário todos os bens que dali forem adquiridos ilegalmente, como o enriquecimento ilícito.

6) E: Em ação de improbidade, em caso de ocorrência de duplo grau de jurisdição, em razão da ausência de recurso facultativo, pode legitimado que não participou da relação processual interpor a apelação?

C: No caso, somente pessoa jurídica de direito público, o MP ou o réu, esses são os interessados excelência.

7) E: Atos anuláveis geram enquadramento na categoria de improbidade administrativa?

C: Atos anuláveis?

E: Exatamente.

C: Os atos podem ser anulados na conveniência e oportunidade da Administração, se esse ato foi praticado dentro da regularidade, não há como enquadrado dentro da categoria de ato de improbidade.

8) E: O parágrafo 7º do artigo l7 da Lei de Improbidade Administrativa prevê notificação para defesa preliminar em ação de improbidade isso é regra escrita neste parágrafo. Há alguma situação em que esta pode ser dispensada pelo magistrado? A senhora conhece alguma situação?

C: A jurisprudência tem apontado aquelas situações em que a inicial já vem corroborado de elementos suficientes quanto a admissibilidade da ação, como no caso de inquérito civil já com ampla produção de prova. A jurisprudência tem entendido que não acarreta nulidade a dispensa da notificação preliminar.

9) E: E a jurisprudência vai buscar respaldo para isso aonde?

C: Que, no caso, não é temerário o recebimento da inicial, ela está fundamentada e que também o processo será instaurado e será assegurado o contraditório a ampla defesa no seu curso normal.

10) E: Por que os doutrinadores, alguns doutrinadores, destacam e fazem críticas à má redação do Artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa no que diz respeito à Administrarão Direta, Indireta ou Fundacional de alguns dos Poderes?

C: É porque no caso, ele pega as fundações como se as autarquias ali estivessem incluídas, não especifica todos os ramos da Administração Direta e Indireta, na verdade, deixa as autarquias de fora e as outras entidade para-estatais.

Não é razoável exigir-se que um candidato saiba de cor os artigos dos textos legais. O que importa é a sua compreensão do sistema jurídico e a sua capacidade de procurar, de pesquisar aonde se encontram as respostas. Fosse assim, a imensa maioria de todos nós não deveria estar ocupando os cargos que ocupamos. Ao longo da nossas vidas profissionais, uns mais outros menos, acabamos por decorar alguns artigos de lei, mas não todos, só aqueles que mais manipulamos. Saber apenas de cor os artigos de lei não significa domínio pleno, eficaz, dos institutos jurídicos.

No caso, o examinador, não só foi extremamente irônico, ao lembrar que o Art. 5° - inciso LV, da Constituição foi o artigo do qual se valeu a candidata para impetrar a sua segurança, tentando com isso também desqualificá-la, como chegou a afirmar que se tratava do inciso mais famoso do Art. 5º. Pergunto. Em que lugar está escrito isso?

Na visão de cada um de nós, outros incisos podem ser mais importantes e, portanto, mais famosos. Eu mesmo acho que mais importante e o próprio caput do Art. 5°, que assegura, entre outros, o direito à vida, o mais fundamental de todos. Mas isso é apenas uma opinião pessoal. Respeito opiniões diversas que contemplem outras hipóteses. Estou apenas tentando demonstrar com isso a desarrazoabilidade da inquirição nos termos em que foi formulado.

Poder-se-á dizer que estou avaliando a candidata. Estou sim, não para lhe conferir nota. Se o fizesse, dar-lhe-ia, uma nota bem melhor do que aquela que obteve. Mas o que pretendo é demonstrar de forma cabal, insofismável o quanto foi extremamente tendenciosa, injusta e desarrazoada a sua reprovação. O sentimento que me ficou depois desse exame detido da prova é que a candidata já compareceu ao exame previamente reprovada.

Devo afirmar que apenas ouvi o som, não podendo avaliar gestos, troca de

olhares "cara e bocas" como afirmou a candidata, mas do conteúdo do texto, emerge uma situação totalmente irregular, absurda e que deve ser repelida.

Há outra questão que deve ser lembrada para demonstrar a falta de imparcialidade da comissão. Se não me falhe a memória, o Dr. Gilberto Barbosa dos Santos afirmou, em sua sustentação oral, que só veio a conhecer a candidata na sessão anterior deste Conselho. A Candidata, por outro lado, em suas razões que me enviou, afirma que não e verdadeira essa afirmação, porquanto há quatro anos trabalha no Tribunal de Justiça de Rondônia, sendo que frequentemente tem contato com o Procurador de Justiça que atua naquela Corte e algumas vezes chegou a recepcionar o Dr. Gilberto no gabinete do Desembargador que ela assessora, o Dr. Sausão Batista Saldanha.

Tenho como verdadeira, desculpem-me a dureza, a afirmação da Candidata e não a do Dr. Gilberto, pela simples circunstância de que foi o próprio Dr. Gilberto quem inquiriu a candidata sobre o Art. 5° inciso LV, da Constituição, fazendo referência ao fato de que ela o havia utilizado no seu mandado de segurança. Se assim procedeu, como afirmar que não conhecia a candidata?

Naquele momento, o Dr. Gilberto demonstrou que já conhecia a candidata e que não veio a conhecê-la apenas aqui na sessão como disse.

É de se ressaltar, por fim, que na prova do Grupo III impugnada, houve três examinadores e apenas dois lançaram a nota, deixando de aparecer a do Dr. Abdiel Ramos Figueira. Cuida-se, portanto, de um aspecto formal extremamente relevante, suficiente, por si só, se não fossem todas as demais razões elencadas, para nulificar o exame.

Esses foram os destaques que entendi mais importantes para o deslinde do feito, de forma a demonstrar que, quando este Conselho determinou que as provas orais devessem ser gravadas, assim foi feito justamente para se evitar situações como essa, de forma a que a competição entre os candidatos se desse em condições de igualdade.

Por todos estes fundamentos, acolho o pedido, para determinar a anulação da arguição das provas do Grupo III, devendo a candidata ser submetia a nova arguição.

É como voto.

Brasília, 18 de junho de 2007.

RICARDO CÉSAR MANDARINO BARRETO
Relator

PROCESSO N.° 0.00.000.000442/2008-11
RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO QUADROS DA SILVA
REQUERENTE: JACINTO FELISDINO DA SILVA
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
OBJETO: REQUER A ANULAÇÃO DO XXXIII CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PEDIDO LIMINAR.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREFACIAL DE ILEGITIMIDADE REJEITADA. FORMAÇÃO E PRESIDÊNCIA DA COMISSÃO DE CONCURSO. IMPEDIMENTO DO PROCURADOR-GERAL. APLICAÇÃO DO ART. 55, PARÁGRAFO 2° DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL SC N. 197/2000. RECONHECIDA A INVALIDADE DA DESIGNAÇÃO DA SUBPROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PARA PRESERVAR A SEGURANÇA JURÍDICA. REJEITADAS OS PLEITOS DE ANULAÇÃO DAS QUESTÕES. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

Nos termos amplos do art. 102 do Regimento Interno mesmos aqueles que não se inscreveram para o concurso detêm legitimidade para apontar ilegalidades no certame.

Diante do impedimento do Procurador Geral de Justiça, que ministrara aulas em curso preparatório, por força do princípio da especialidade ou especificidade, deve incidir o art. 55, parágrafo 2°, da Lei Complementar Estadual SC nº 197/2000 devendo a Presidência da Comissão da Concurso ser exercida pelo Procurador de Justiça mais antigo.

Conforme magistério da doutrina, devem ser aproveitados os atos já praticados para preservar a segurança jurídica e a credibilidade da Administração Pública.

Não se vislumbrando o alegado plágio nem sendo possível ingressar no mérito das questões do concurso, rejeita-se a pretensão de nulidade do concurso ou das questões.

Pedido conhecido e julgado parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, rejeitar as preliminares e julgar parcialmente procedente o pedido de controle administrativo, vencidos os Conselheiros Diaulas Ribeiro e Paulo Barata.

Brasília, 04 de agosto de 2008.

FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de representação apresentada pelo advogado Jacinto Felisdino da Silva, visando à instauração de Procedimento de Controle Administrativo a contra atos decisórios da Comissão do XXXIII Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Edital n° 003/PGJ/2007.

Informa que foi realizado o processo seletivo preambular no dia 13-04-2008. Diz que a Comissão do Concurso divulgou, 48 horas depois, o gabarito oficial, concedendo o prazo de 2 (dois) dias, para a interposição do recurso e 5 (cinco) dias para o julgamento, conforme item 10.9 do referido Edital.

Afirma que, além das 7 (sete) questões anuladas e das 7 (sete), que tiveram seu gabarito alterado, em uma prova com total de 90 (noventa) questões (45 no período matutino e 45 no vespertino), há, pelo menos, outras 20 (vinte) a serem anuladas, já que flagrantemente ofensivas aos artigos 5°, Caput, e 37, caput, ambos da Constituição Federal e artigo 17, § 1°, da Resolução CNMP n° 14, de 06-11-2006, pois entende que as questões de português teriam sido plagiadas de obra específica (Novíssima Gramática da Língua Portuguesa, de Domingos Paschoal Cegalla, 43ª ed.), e também por apresentarem controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias ou, mesmo, por afrontarem à literal disposição de lei, sustentando que tais questionamentos são vedados em sede de Concurso público e, por consequência, devem ser anuladas.

Alega, ainda, que a composição (presidência) da Comissão do Concurso também se encontra eivada de ilegalidade, por ofensa ao disposto no artigo 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000 - Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, motivo pelo qual requer a anulação da prova preambular realizada no dia 13-04-2008, a fim de que seja saneada a irregularidade apontada.

Alternativamente, requer a anulação das questões números 01, 04, 05, 15, 18, 42 e 43, da prova matutina, e das de números 02,03,04,05, 07, 08, 10, 13, 17, 18, 20, 27 e 39, da prova vespertina, por ferirem flagrantemente a Resolução CNMP nº 14/06, ou, por contrariarem o artigo 5°, Caput, (princípio da isonomia) e artigo 37, caput, (impessoalidade), ambos da Constituição Federal.

Ou, ainda, requer a anulação da prova preambular realizada, com renovação dessa etapa do Certame, com estrita obediência às determinações da Resolução CNMP n° 14/06, em face do elevadíssimo número de questões já anuladas (7) e que tiveram seu gabarito alterado (outras 7) e pela necessidade de anulação de mais outras 20 questões, comprometendo mais de 1/3 das provas objetivas realizadas.

Se não for o caso, que seja assegurado o direito a todos os candidatos inscritos conhecerem as motivações das decisões da Banca Examinadora em face dos recursos interpostos.

Requer a concessão de medida liminar para determinar a suspensão das próximas fases do concurso até final decisão deste procedimento.

Conclui afirmando que, apesar de não figurar entre os candidatos inscritos no referido Concurso Público, entende possuir legitimidade para propor a presente representação, tendo em vista que a deflagração deste procedimento pode ser instaurado até mesmo de ofício, pela maioria do Plenário deste E. Conselho, nos termos do artigo 102 e seguintes, do RICNIVIP.

Na fl. 92, proferi despacho informando acerca do provimento cautelar deferido para suspender o Certame (PCA n° 0385/2008-71), bem como determinei que se oficiasse à autoridade competente para prestar as informações que entendesse devidas.

A Presidente da Comissão do Concurso, Dra. Gladis Afonso, Subprocuradora-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, prestou as informações nas fls. 98 a 1.440.

Em apertada síntese, a Presidente da Comissão do Concurso refuta qualquer irregularidade na sua nomeação, seja porque extemporânea a irresignação, vez que transcorridos mais de 120 dias do ato censurado, seja porque a "discussão resultou superada ante os argumentos expendidos pela Assessoria do Procurador-Geral que, em parecer lavrado em processo instaurado para tanto, foi acolhido por sua Excelência, e cuja conclusão é a seguinte:

> *"(...) esta Assessoria entende que o impedimento do Procurador-Geral de Justiça, determinado pelo disposto no § 3° do artigo 3° da Resolução n. 14/2006 - CNMP por ter exercido o cargo de professor na Escola do*

Ministério Público, nos três anos anteriores à constituição da Comissão de Concurso, trata-se de impedimento absoluto, que o inabilita para todas as fases do certame, devendo, portanto, ser substituído pelo seu representante legal na forma do disposto no Caput do artigo 10 da Lei complementar nº 197/2000, ou seja, por um dos Subprocuradores-Gerais de Justiça designados. É o parecem sub-censura. "

Informa a autoridade que o parecer adotado pelo Exmo. Procurador-Geral não sofreu qualquer reprimenda na ocasião, quer do Conselho Nacional ou no Judiciário, apenas resultou que um dos membros da banca que não a aceitou, renunciou, mas jamais houve questionamentos da juridicidade do que foi decidido.

Ademais, entende que o interessado falece de legitimidade para suscitar 0 assunto perante este CNMP, já que a tese foi acatada internamente, pela classe Ministerial, ou seja, é matéria interna corporis, não cabendo a um estranho à instituição vir discuti-la, sem apresentar qualquer justificativa plausível para tanto.

No mais, o argumento de que o impedimento do Procurador-Geral, que é pessoal, transfere-se a outrem, tão-somente pelo exercício do cargo de confiança, induziria à conclusão absurda de que em qualquer impedimento de sua Excelência, seja ele decorrente de qualquer natureza, os Subprocuradores estariam impedidos de atuar e substituí-lo e, obviamente, não teria qualquer sentido a norma de substituição.

E, ainda, que a norma invocada pelo interessado (art. 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000, Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de Santa Catarina) é somente aplicável às hipóteses de impedimento eventual, porque norma especialíssima, não se aplicando a situações de impedimento absoluto como entende ser o caso dos autos.

Afirma que não houve ausência de fundamentação nas decisões dos recursos, ao contrário, todas as decisões referentes aos quase 800 (oitocentos) recursos apresentados foram devidamente justificadas. Comprova tal assertiva com a juntada das cópias dos protocolos de recursos interpostos por candidatos o inconformados com o gabarito provisório (primeiro), relativas às questões alvo de insurreição nas representações sub examine, os votos e as atas que assentam o posicionamento externado pelo respectivo relator.

Aduz que não procedem as alegações de ausência de publicidade e transparência das decisões da Banca Examinadora. Pelo contrário, sustenta que o concurso segue rotinas idênticas às de qualquer certame com igual finalidade, e que jamais foram contestadas em qualquer instância administrativa ou judiciária.

Da alegação de atentado ao princípio da isonomia e da impessoalidade em face

de clonagem de obra específica, Gramática da Língua Portuguesa, afirma que não houve plágio de qualquer questão, pois nenhuma das perguntas da prova de português foram copiadas, mas apenas frases extraídas em contextos distintos e, a partir de tais frases, elaborada cada questão.

Portanto, não visualiza a situação aventada pelo inconformado, quando relembra o acontecido na prova do concurso de ingresso à carreira da Judicatura Catarinense, no qual foi anulado o certame em razão de que restou constatada a clonagem de questões aplicada em outros concursos públicos.

Tanto que nas transcrições trazidas pelo reclamante, verifica-se que numa mesma questão há menção de várias páginas do livro, ou seja, o que se produziu foi um questionamento calcado em situações dispostas de maneira esparsa.

Assim, não há cogitar de anulação do certame, pois não houve cópia de questão e muito menos ofensa ao princípio da isonomia.

Da afronta ao artigo 17, § 1°, da Resolução CNMP n° 14/2006, entende que o reclamante não possui legitimidade para pleitear a nulidade de questões, pois falta-lhe interesse de agir, já que não se trata mais de controle administrativo, de legalidade, moralidade ou qualquer outro princípio de ordem constitucional que pretende invocar.

Entende que a situação agora posta é matéria que nada tem a ver com princípios constitucionais. Por isso, pretende a Presidente da Comissão do Concurso seja decretada a ilegitimidade do reclamante para articular nulidades das questões da primeira etapa do certame.

Ademais, entende não competir a este CNMP a atribuição de examinar o mérito das questões da prova objetiva, já que a Constituição Federal tal atribuição não lhe conferiu.

Superadas as prefaciais, entende a Presidente da Comissão que nenhuma razão assiste ao reclamante. E que as questões por ele impugnadas nada têm de controvertidas ou polêmicas como pretende fazer crer.

Por fim, a Banca Examinadora requer o indeferimento do presente procedimento de controle administrativo e a continuidade do concurso nos termos do edital.

Foi-me distribuído em 16-05-2008.

É o relatório.

Brasília, 04 de agosto de 2008.

FERNANDO QUADROS DA SILVA

Relator

VOTO

Trata-se de representação apresentada pelo advogado Jacinto Felisdino da Silva, visando à instauração de Procedimento de Controle Administrativo contra atos decisórios da Comissão do XXXIII Concurso para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Edital n° 003/PGJ/2007.

Alega que a composição (presidência) da Comissão do Concurso encontra-se eivada de ilegalidade, por ofensa ao disposto no artigo 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000 — Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, motivo pelo qual requer a anulação do concurso ou, alternativamente, a anulação da prova preambular realizada no dia 13-04-2008, a fim de que seja saneada a irregularidade apontada.

No mérito, afirma que, além das 7 (Sete) questões anuladas e das 7 (sete) que tiveram seu gabarito alterado, em uma prova com total de 90 (noventa) questões (45 no período matutino e 45 no vespertino), há, pelo menos, outras 20 (vinte) a serem anuladas, porque flagrantemente ofensivas aos artigos 5º, caput, e 37, caput, ambos da Constituição Federal e artigo 17, § 1°, da Resolução CNMP n° 14, de 06-11-2006, pois entende que as questões de português foram plagiadas de obra específica (Novíssima Gramática da Língua Portuguesa, de Domingos Paschoal Cegalla, 43ª ed.), e também porque controvertidas na doutrina e jurisprudência pátrias ou, mesmo, por afrontarem à literal disposição de lei, sustentando que esse tipo de questionamento é vedado em sede de concurso público e, por consequência, devem ser anuladas.

Alternativamente, requer a anulação da prova preambular realizada, com renovação dessa etapa do certame, com estrita obediência às determinações da Resolução CNMP n° 14/06, em face do elevadíssimo número de, questões já anuladas (7) e que tiveram seu gabarito alterado (outras 7) e pela, necessidade de anulação de mais outras 20 questões, comprometendo mais de 1/3 das provas objetivas realizadas, ou, sejam anuladas as referidas questões.

Preliminarmente, arguí a Presidente da Comissão do Concurso a ilegitimidade de parte do requerente, por falta de interesse para agir, já que não inscrito no concurso em referência, circunstância que, se existente, o legitimaria a pleitear a instauração do presente Procedimento de Controle Administrativo.

Razão não lhe assiste. É que o Plenário deste E. CNMP tem decidido reiteradamente que o reconhecimento da ilegitimidade de parte deve estar contemplada no Regimento Interno, não podendo ser reconhecida em se tratando de pedido que possa ser impulsionado inclusive de ofício. Essa é a hipótese dos autos, já que numa análise superficial tanto a causa de pedir e o próprio pedido atendem às exigências previstas no art. 102 do RICNMP.

Passo à análise da alegação suscitada pelo requerente envolvendo possível irregularidade no ato de nomeação da Presidente da Comissão do Concurso, Dra. Gladys Afonso, Subprocuradora-Geral de Justiça, por não ter o respectivo ato observado o disposto no art. 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina), o que implicaria a anulação do referido concurso público ou, no mínimo, anulação da prova preambular.

Convém transcrever o dispositivo apontado pelo requerente que não teria sido observado pelo Exmo. Procurador-Geral do Ministério Público de Santa Catarina:

> *Art. 55. A Comissão de Concurso, órgão auxiliar de natureza transitória, incumbido de realizar a seleção de candidatos ao ingresso na carreira do Ministério Público, é presidida pelo Procurador-Geral de Justiça e composta de seis Procuradores de Justiça, eleitos pelo Conselho Superior do Ministério Público e de um representante do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo 2° Nos impedimentos eventuais do Procurador-Geral de Justiça exercerá a presidência da comissão O Procurador de Justiça mais antigo que a integre, salvo se integrá-la o Corregedor-Geral do Ministério Público.*

Segundo as informações prestadas pela Presidente da Comissão do Concurso, a norma específica acima transcrita foi afastada em decorrência do acolhimento de parecer da Assessoria do Procurador-Geral de Justiça que entendeu que se tratava de substituição do Procurador-Geral de Justiça, por impedimento absoluto, decorrente do fato de sua Excelência ter, nos três últimos anos, atuado, como professor em Escola de Preparação (art. 3°, § 3°, da Resolução CNMP n° 14/2006), restando, então, aplicável o art. 10 da Lei Orgânica do Ministério Público Catarinense, a qual dispõe:

> *Art. 10. O Procurador-Geral deJustiça designará, dentre os Procuradores de Justiça, o Subprocurador-Geral a quem caberá substituí-lo nas suas faltas, impedimentos, férias, e licenças, supervisionar os serviços do seu gabinete e exercer outras atribuições que lhe forem delegadas.*

Pois bem, entendo que a melhor interpretação das normas aplicáveis ao caso não foi aquela escolhida pelo douto Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

É que a norma do § 2° do art. 55 antes transcrita, pela sua especialidade, tem o condão de afastar norma geral de igual hierarquia como é a regra disposta no art. 10, ambas da Lei Orgânica Estadual. Ou seja, o aparente conflito deveria ter sido resolvido pelo princípio da especialidade ou especificidade, segundo o qual a norma especial afasta a aplicação da norma geral.

Ora, a declaração de impedimento do Procurador-Geral de Justiça decorreu da sua atuação como professor em Escola de Preparação e cuja atividade o impedia de integrar a Comissão de Concurso, nos termos do art. 3°, §§ 1°, 2° e 3°, da Resolução CNMP n° 14/2006, a qual dispõe:

> *Art. 3° - As Comissões de Concurso serão presididas e constituídas na forma prevista nas respectivas Leis Orgânicas.*
>
> *parágrafo 1° - O Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral do Trabalho, o Procurador-Geral da Justiça Militar e o Procurador-Geral de Justiça, em seus impedimentos, serão substituídos na forma da lei complementar respectiva. (sublinhei)*
>
> *Parágrafo 2° - Será vedada a participação de membro do Ministério Público na Comissão de Concurso e pessoas outras que, de alguma forma, integrarem a organização e fiscalização do certame, que tenham, entre os candidatos inscritos, parentes consanguíneos, civis ou afins, até o terceiro grau, bem como amigos íntimos ou inimigos capitais.*
>
> *Parágrafo 3° - Fica proibida de integrar a Comissão de Concurso pessoa que seja ou tenha sido nos últimos três anos, titular, sócia, dirigente, empregada ou professora de curso destinado a aperfeiçoamento de alunos para fins de aprovação em concurso público. (sublinhei)*

Extrai-se da simples leitura do parágrafo 1° do artigo acima, que, impedimentos do Exmo. Procurador-Geral de Justiça, eventuais ou não, serão resolvidos pela aplicação da Lei Complementar respectiva.

Na hipótese, a Lei Estadual Complementar n° 197/2000, previu. E a previsão foi para situações de impedimentos ou afastamentos gerais ou específicos. Registre-se que o art. 10 está a tratar dos impedimentos gerais da Administração, enquanto o art. 55, § 2°, está a disciplinar os impedimentos integrantes da Comissão Concurso.

Então, a tese preconizada nas informações, de que ao impedimento do Exmo.

Procurador-Geral deveria seguir o disposto no art. 10, porque o impedimento absoluto declarado antes da instalação da Comissão de Concurso, e não o previsto no art. 55, § 2°, ambos da Lei Estadual Complementar n° 197/2000, não merece prosperar.

É que o caput do art. 55 da Lei Orgânica do Ministério Público Estadual determina que o Procurador-Geral de Justiça presida a Comissão de Concurso, a qual será composta por seis Procuradores de Justiça e três Suplentes, eleitos pelo Conselho Superior do Ministério Público, e de um representante do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

Com efeito, uma vez constado o impedimento, este deveria ter sido resolvido pelo disposto no parágrafo 1° do artigo. 3° Resolução do CNMP, o qual não faz referência alguma sobre impedimento absoluto ou eventual, apenas dispõe que o Procurador-Geral de Justiça, em seus impedimentos, será substituído na forma da lei Complementar respectiva, qual seja, o artigo 2° do artigo. 55 da Lei Orgânica Estadual.

Registro que aquela disposição está inserida em Resolução deste CNMP que trata sobre as "Regras Gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Brasileiro". Ou seja, é norma específica e, portanto, solucionável também por norma natureza específica, no caso O art. 55, § 20, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000. Entendo que só a inexistência de tal previsão é que autorizaria o Exmo. Procurador-Geral aplicar a regra geral para solucionar o impedimento que declarou.

Com efeito, reconheço que o ato de nomeação da Presidente da Comissão do XXIII Concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Catarinense, Dra. Gladys Afonso, Subprocuradora-Geral para Assuntos Jurídicos contém vício, porque realizado em desconformidade com o ordenamento jurídico que rege a matéria.

Entretanto, filio-me à doutrina que entende que os atos praticados por agente de fato, podem ser convalidados quando houver uma aparência de legalidade e atingirem terceiros de boa-fé, já que os atos administrativos anuláveis são passíveis de convalidação, seguindo as lições de Maria Sílvia Zanella Di Pietro.

Essa, aliás, era a solução há muito preconizada pela eminente Subprocuradora Geral da República, Dra. Odilia Ferreira da Luz Oliveira que declina as razões para que os efeitos do atos praticados sejam mantidos:

> *"O precedente mais antigo de que se tem notícia ocorreu em Roma: Barbário Felipe, cuja condição de escravo era ignorada, foi nomeado pretor e exerceu as funções até que se teve conhecimento de sua real condição. Admitiu-se a eficácia dos atos por ele praticados com base na teoria do erro comum (error communis facit jus. (...) Daí surgiu a*

teoria da investidura plausível para fundamentar a eficácia de atos dos agentes de fato. A plausibilidade é verificada em cada caso concreto e se caracteriza pela ocupação pública e pacifica de cargo, emprego ou função durante certo tempo. A teoria parte de que, em tal caso não se pode razoavelmente exigir do administrado que examine o título de investidura do agente público, para verificar-lhe a legalidade. Devemos considerar, ainda, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. E mais: convém ao Estado manter a credibilidade da Administração Pública, além de proteger a boa-fé dos administrados, por motivo de equidade" (Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.64).

Justifico assim a necessidade de convalidar o ato de nomeação impugnado, a fim de manter a segurança jurídica das relações subjacentes, que é a própria razão de ser do direito e, no caso dos autos, entendo deva transmitir a ideia de segurança aos candidatos, isto é, assegurar a estabilidade das relações que se formaram após a realização das inscrições e, inclusive, da prova preambular do concurso público em referência, tentando preservar efeitos do ato administrativo viciado a todos os destinatários de boa-fé, que identifico naqueles candidatos que, com muito esforço e dedicação, obtiveram e que poderão ainda obter êxito no certame a partir da decisão proferida.

Apenas para ilustrar, anoto que a Lei n° 9.78/99 admite expressamente a possibilidade de convalidação dos atos administrativos que apresentarem defeitos sanáveis.

Desse modo, reconhecendo a existência de vício na nomeação da Presidente da Comissão do Concurso, determino o afastamento imediato da atual exercente do cargo, a fim de que outro integrante da Comissão do Concurso venha presidi-la, observando-se, para tanto, o disposto no art. 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000.

Incumbirá ao novo Presidente da referida Comissão de Concurso, dentre outras medidas, cumprir o que ficar decidido por esse Plenário acerca de outras questões referentes ao certame.

Em continuidade à representação, alega o requerente que a Banca Examinadora não teria motivado, sequer minimamente, as decisões dos recursos interpostos, implicando, segundo entende, ofensa ao princípio da fundamentação dos atos decisórios, previsto no art. 50 da Lei n° 9.784/99.

A propósito, transcrevo o capítulo destinado aos recursos da Resolução CNMP n° 14/2006:

> *Art . 22 - Os candidatos poderão recorrer para a Comissão de Concurso contra o resultado de quaisquer uma das provas no tocante a erro material ou relativamente ao conteúdo das questões e respostas, e contra a classificação final.*
>
> *Parágrafo 1° - Assiste ao candidato, diretamente ou por intermédio de procurador habilitado com poderes específicos, a faculdade de ter vista das suas provas escritas e acesso à gravação da prova oral.*
>
> *Parágrafo 2° - Os recursos não conterão identificação dos recorrentes, devendo o edital prever a forma de procedimento que impeça a identificação.*
>
> *O Edital n° 03/2007, que regulamenta o certame, dispõe:*
>
> *10.1 Os candidatos poderão interpor recurso dirigindo-o:*
>
> *I- à Comissão, contra erros.*
>
> *a) na formulação de questões ou no gabarito da prova seletiva preambular objetiva, e*
>
> *(...)*
>
> *10.2 Para fins do item 10.1, inciso I, alínea "a", aos candidatos que requererem será fornecida cópia das provas matrizes aplicadas pela Comissão de Concurso.*
>
> *10.4 Os recursos de que tratam o inciso I do item 10.1 poderão ser interpostos no prazo de 2 (dois) dias, a contar:*
>
> *(...)*

10.8 Pretendendo o candidato questionar o resultado de mais de uma questão da prova, esse deverá formular o seu pedido e as respectivas razões em petições distintas, tantas quantas forem as questões recorridas.

10.9 Os recursos interpostos, em qualquer fase do certame, serão numerados, adotando-se método que impeça a respectiva identificação no momento do julgamento, que deverá ocorrer em a instância única, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do encerramento do prazo recursal.

10.10 Os recursos previstos no item 10.1, inciso I, serão analisados individualmente pela Comissão de Concurso, que definirá, em cada caso concreto, o alcance e os efeitos da decisão.

10.11 No caso de provimento do recurso de que trata o item 10.1, inciso I, alínea "b", será publicada nova relação de classificados no Diário Oficial do Estado.

Com efeito, não existe e nem poderia haver dispositivo regulamentar sujeitando a Banca Examinadora a publicar todas as decisões proferidas nos julgamentos dos recursos interpostos, até porque, no caso dos autos, foram quase 800 recursos apresentados.

Ademais, observo que o julgamento dos recursos tiveram o prazo de 5 (cinco) dias e ocorreram em instância única, nos termos do item 10.9 do referido Edital. As quase 800 (oitocentos) decisões da Banca Examinadora foram todas devidamente fundamentadas, como comprovam as anexas documentações.

Por isso, não vislumbro ofensa a princípios constitucionais ou infraconstitucionais indicados pelo requerente, pois entendo que o art. 50 da Lei n° 9.784/99 tem aplicação apenas subsidiária.

Quanto à concessão de prazo para a interposição de recurso, entendo que a matéria deve seguir o disposto no próprio edital, o qual, por sua vez, observará, no mínimo, as regras gerais prevista na Resolução CNMP n° 14/2006.

Além disso, afirma o requerente que a prova de língua portuguesa (período vespertino) teria sido plagiada do livro "Novíssima Gramática da Língua Portuguesa, de Domingos Paschoal Cegalla, 43ª ed., São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 2000, p. 395.

O plágio estaria evidenciado nas questões de n°s. 02, 03, 094, 05, 07, 08, 09, 10 13, 17, 18 e 20, o que representaria mais de 55% da referida matéria, tendo em vista que as assertivas teriam sido literalmente copiadas ou quando muito adaptadas de obra gramatical única e específica.

De fato, observo que as algumas assertivas das questões apontadas pelo requerente foram extraídas da obra gramatical indicada. Todavia, constato que nenhuma questão foi reproduzida integralmente como dispostas no livro citado, a ponto de caracterizar plágio ou cópia fiel de obra específica, o que poderia levar à anulação das questões em referência.

Correta a afirmação da requerida quando informa que não se plagiou qualquer questionamento, nenhuma das perguntas levadas a efeito na prova de português, não se trata de cópia, mas sim, de frases extraídas em contextos distintos e delas confeccionada a questão.

Exemplifico para melhor compreensão:

Na questão de n° 2, a assertiva I (Dona Elisa pediu, ao diretor do colégio, que colocasse o filho em outra turma.), foi, segundo o dizer do próprio requerente, adaptada de exemplo citado no livro Novíssima Gramática da Língua Portuguesa, p. 385, sendo que, originalmente na prefalada obra consta (Dona Elza pediu ao diretor do Colégio que colocasse o filho em outra turma.) *In casu*, diz o requerente, verifica-se que apenas foi substituído o nome Elza para Eliza e retiradas as vírgulas da frase.

Continua o requerente, na assertiva II (Menino pobre, Zezinho não tinha roupa nova para ir à festa.), foi copiada, *ipsis litteris*, do exercício n° 1, da prefalada obra, p. 400.

Convém registrar que a referida questão de n° 2 era composta de quatro assertivas e de cinco alternativas de respostas de "A" a "E", enquanto as alternativas extraídas do livro não passaram de duas.

É inegável que o examinador da Prova de Língua Portuguesa baseou-se no livro "Novíssima Gramática da Língua Portuguesa", de Domingos Paschoal Cegalla, 43ª ed., São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 2000, para elaborar as respectivas questões, mas tal ferramenta não retirou o ineditismo do que foi examinado, motivo pelo qual não prospera o pedido de anulação das respectivas questões.

Também invoca o requerente afronta ao parágrafo 1° do art. 17 da Resolução CNMP n° 17/2006, que dispõe: a prova preambular não poderá ser formulada com base em entendimentos doutrinários divergentes ou jurisprudência não consolidada dos tribunais. As opções consideradas como corretas deverão ter embasamento na legislação, em súmulas ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.

Sob esse fundamento, requer a anulação das questões da prova do (período

matutino de n°S. 01, 04, 05, 15, 18, 42 e 43 e, as questões da prova do período vespertino de n°s. 02, 13, 27 e 39.

Há muito entendo não competir ao Poder Judiciário substituir-se à Comissão de Concurso na correção de questões de prova de concurso público.

Tal convicção entendo possa perfeitamente ser aplicável aos procedimentos administrativos trazidos a julgamento neste Plenário, pois, judicial ou administrativamente, entendo que se deva prestigiar a correção levada a efeito pela banca examinadora. Essa orientação é extraída da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e referida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n° 500.416-5, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que ora transcrevo:

> *Ementa: Recurso Extraordinário. Concurso Público.*
> *- Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do Concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios da correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª Turma).*
> *Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame legalidade, não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso aferir; a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecem corretas em face desse exame. inexiste, pois, ofensa ao Artigo 5°, XXXV da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 317.007, 1ª Turma, Rei. Moreira Alves, DJ, 10-05-2002)*

Dessa forma, não conheço do pedido na parte relativa à anulação das questões da prova do período matutino de n°s. 01, 04, 05, 15, 18, 42 e 43 e das questões da prova do período vespertino de n°s. 02, 13, 27 e 39.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer em parte do pedido e, na parte conhecida, julgá-lo parcialmente procedente, para determinar o imediato afastamento da Presidente da Comissão do Concurso,

Subprocuradora-Geral para Assuntos Jurídicos, a fim de que outro integrante da Comissão do Concurso venha a presidi-la, observando-se, para tanto, o disposto no art. 55, § 2°, da Lei Estadual Complementar n° 197/2000.

Brasília, 04 de agosto de 2008.

FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

PROCESSO Nº 0.00.000.00152/2010-92
RELATOR: CONSELHEIRO MARIO BONSAGLIA
REQUERENTE: ANTONIO SINÉSIO LEAL JÚNIOR
OBJETO: EXAME DA LEGALIDADE NA CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COM A FINALIDADE DE ORGANIZAÇÃO DE CONCURSO DE INGRESSO NA CARREIRA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ENTIDADE QUE MINISTRA CURSOS PREPARATÓRIOS PARA CONCURSOS PÚBLICOS PARA ORGANIZAR CONCURSO DE PROVIMENTO DE CARGOS DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. PROCEDÊNCIA.

1. Tratam os autos de alegada irregularidade da contratação, pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, de entidade que ministra cursos preparatórios para concursos públicos, com vistas a organizar e executar o XX Concurso para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia.

2. Verifica-se, na hipótese, conflito de interesses advindo da posição ambígua ostentada pela fundação contratada, que, de um lado, responsabiliza-se pelo sigilo das provas e pelo tratamento isonômico dos candidatos e, de outro, tem indisfarçável interesse na aprovação de seus alunos, inclusive alardeando, em sua página na Internet, o alto índice de aprovação que tem alcançado.

3. A contratação em tela põe em risco os princípios da moralidade e da impessoalidade, sendo sua desconstituição medida proporcional e adequada a resguardar o interesse público, dada a fase inicial em que se encontra o concurso.

4. Determinação de rescisão do contrato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, à unanimidade, em conhecer do presente feito e julgá-lo procedente, nos termos do voto do Relator, que passa a integrar o presente.

Brasília, 23 de março de 2010.

MARIO BONSAGLIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo instaurado a partir de "consulta" – inicialmente autuada como Pedido de Providências – formulado, via mensagem eletrônica, por ANTONIO SINESIO LEAL JUNIOR, no sentido de que este Conselho se manifeste sobre a legalidade da contratação, com vistas à organização de concurso de ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Estado de Rondônia, de pessoa jurídica voltada à realização de cursos preparatórios para concursos públicos voltados ao preenchimento de cargos de Promotor de Justiça.

In verbis, disse a mensagem encaminhada a este Conselho pelo requerente:

Senhores, quero fazer uma consulta quanto ao concurso público para Promotor de Justiça do Estado de Rondônia, a empresa que aparentemente está organizando o concurso público é um "cursinho" preparatório para a carreira de promotor de justiça, esse tipo de contrato é considerado legal? Ou seja, qual a garantia que os candidatos tem de que os alunos da referida instituição não vão ser privilegiados com informações que os demais candidatos não terão, como estudar mais determinada matéria e não outra?

Gostaria de um parecer desta nobre instituição a qual se destina a garantir a transparência dos órgãos do Ministério Público de nosso país.

Conclusos os autos inicialmente, após livre distribuição, este Relator desde logo procedeu, *ad cautelam*, a diligências, via Internet, que resultaram na juntada dos documentos de fls. 12/44 e 45: edital do XX Concurso para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia e página de apresentação do

sítio da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, indicada no edital como entidade responsável por organizar o aludido concurso.

Por meio do despacho de fls. 9/10, determinei a reclassificação do feito como Procedimento de Controle Administrativo (art. 107 do Regimento Interno), tendo em vista que se trata, na verdade, de pedido de análise da legalidade de ato concreto praticado pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, qual seja, a realização de concurso de ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Estado de Rondônia, confiando sua organização e execução a entidade especializada em ministrar cursos preparatórios para ingresso no Ministério Público.

Ordenei a notificação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Rondônia para que, no prazo regimental, prestasse informações e encaminhasse cópia do contrato celebrado com a entidade organizadora do certame, bem como do respectivo processo licitatório ou de dispensa de licitação, informando ainda a composição da comissão de concurso e da banca examinadora, dentre outros elementos que pudessem ser relevantes.

Por igual, determinei expedição de ofício à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul para que, observado o mesmo prazo, prestasse as informações pertinentes.

Despachando a fls. 54, determinei expedição de ofício, em aditamento, à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, solicitando-lhe que, dentre as informações a serem encaminhadas a este Conselho, fosse discriminado o rol de professores de todos os cursos por ela ministrados, a partir de dezembro de 2006, ainda que eventualmente já desligados da Escola, bem como fossem informados os nomes dos dirigentes dos diversos órgãos administrativos da Fundação, com referência ao mesmo período supra, ainda que eventualmente já desligados.

A Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul encaminhou as informações de fls. 58/71, instruídas com os documentos de fls. 72/163, por meio de ofício subscrito por seu presidente, LUIZ FERNANDO CALIL DE FREITAS.

Em síntese, esclarece, dentre outros pontos, que:

a) Preliminarmente, ressalva que a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP) cuida-se de uma fundação privada, fundada em 30/11/1983 e constituída nos termos do estatuto cuja cópia instrui as informações (fls. 82/92), não se enquadrando nenhuma de suas atividades dentre aquelas elencadas no artigo 130-A da Constituição Federal;

b) "a FMP é mantenedora de duas entidades: uma, a Escola Superior do Ministério Público, que se dedica à realização de cursos preparatórios para ingresso nas carreiras do Ministério Público, além de cursos denominados temáticos, destinados à

formação permanente dos membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; outra, a Faculdade de Direito da FMP, que, além do curso de graduação em Direito, vem mantendo já há anos cursos de pós-graduação";

c) "atualmente, entre cursos preparatórios, o curso de graduação em Direito e os cursos de pós-graduação, a FMP possui ao derredor de mil alunos", sendo que, ao longo de sua existência, mais de onze mil pessoas frequentaram os cursos da FMP, certo ainda que, atualmente, no Ministério Público do Rio Grande do Sul, em torno de 76% dos membros foram alunos da FMP;

d) "a FMP tem sido contratada para a realização – elaboração, aplicação e correção de provas, além de outras atividades correlacionadas – de diversos concursos públicos de ingresso na carreira de Promotor de Justiça nos Estados de Sergipe (1996/1997); Acre (2002, 2005 e 2008); Roraima (2006/2007); Piauí (2007/2008) e Mato Grosso (2009), anotando-se ainda que realiza também o concurso, ainda em andamento, para ingresso na carreira de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul. Também já foram realizados pela FMP concurso para ingresso na carreira de Procurador do Ministério Público Especial junto aos tribunais de contas dos Estados do Rio Grande do Sul (2007/2008) e Mato Grosso (2008), bem como para ingresso na carreira de Defensor Público do Estado de Rondônia (2009), encontrando-se ainda em andamento o concurso para ingresso na carreira de servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Acre e para ingresso na carreira da Defensoria Pública de Rondônia";

e) "a sistemática da participação da FMP em concursos públicos, quaisquer que sejam, é a seguinte: uma vez definido que a FMP será a responsável pela execução do concurso, a contratação discrimina detalhadamente as atribuições da contratada (FMP) e a forma de prestação dos serviços. Especificamente quanto às bancas examinadoras e as provas a serem aplicadas, a FMP sugere nomes de sua escolha para elaboração das questões, respectiva correção e avaliação dos eventuais recursos interpostos; à instituição contratante cabe a composição da comissão de concurso e, igualmente, a aceitação dos nomes dos examinadores propostos pela FMP para a elaboração das provas. A FMP, pois realiza o concurso sob a modalidade de prestação de serviços, restando a Comissão de Concurso, assim como sua estrutura, fases e demais detalhes a serem estabelecidas pela instituição contratante";

f) vale dizer, a FMP atua "fornecendo serviços na elaboração, aplicação e correção das provas, indicando pessoas de sua confiança para atuarem na condição de examinadores dos conteúdos a serem questionados".

Obtempera, outrossim, o presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul que a atuação da entidade na realização do

concurso aludido no presente procedimento não pode ser validamente questionada; tão somente o poderia a condição pessoal dos examinadores, e isso apenas em tese, pois concretamente não se verifica a ocorrência de qualquer situação impeditiva da atuação de quaisquer dos examinadores, ao menos por ora (ressalvando-se a circunstância de que, não tendo ainda sido encerradas as inscrições, não é possível aferir-se a existência de eventual impedimento por parte de integrante da banca examinadora). Destaca que nenhum dos membros da banca examinadora, por ela indicados, incide na vedação contida no art. 3º, § 3º, da Resolução n. 14 deste Conselho Nacional do Ministério Público. Esclarece que os professores DAISSON FLACH e MAURO FONSECA ANDRADE, membros da banca examinadora, limitam-se a ministrar aulas na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e nunca foram professores de qualquer curso preparatório para concursos públicos mantidos pela FMP ou por qualquer outra entidade.

Postula, ao final, seja extinto o presente feito.

A Fundação faz juntar a relação de docentes de seus diferentes cursos: pós-graduação *lato sensu* (fls. 72), curso preparatório à carreira do Ministério Público (fls. 74/76) e graduação (fls. 78/80 e 106). Anexa ainda os seguintes documentos: seu estatuto (fls. 82/92); a lista de examinadores do Concurso para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado de Rondônia (fls. 81); termos de compromisso assinados pelos mesmos membros da banca examinadora, mas referentes ao Concurso para o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 93/97); declarações de diferentes órgãos públicos atestando terem contratado a FMP para a prestação de serviços relacionados à realização de concursos (fls. 98/101 e 103/105); certidão negativa de distribuição de ações de falência e similares (fls. 102); e currículos do Sistema de Currículos Lattes dos membros da banca examinadora do concurso ora em tela (fls. 107/163).

O Ministério Público do Estado de Rondônia, a seu turno, prestou informações a fls. 168/170, instruídas com os documentos de fls. 171/258.

Em síntese, esclarece o Exmo. Procurador-Geral de Justiça que

a) a abertura do concurso foi fruto de deliberação do Colégio de Procuradores de Justiça, tendo sido acolhidas propostas de prestação de serviço apresentadas por duas entidades de renome nacional, quais sejam, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE);

b) foi acolhido parecer do Secretário-Geral que, lastreado em precedente do Tribunal de Contas da União, sugeriu a contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação, tendo sido escolhida a FMP porquanto apresentou proposta de preço

mais vantajosa que a da CESPE. Desse modo, o Procurador-Geral de Justiça aprovou a contratação direta em decisão fundamentada nos arts. 24, inc. XIII e 25, inc. II, ambos da Lei 8.666/93, com a consequente assinatura de contrato com a FMP e emissão de nota de empenho;

c) a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul desenvolve trabalho em consonância com a política institucional do Ministério Público nacional, contando em sua equipe com pessoal especializado no trato de temas relacionados ao *Parquet*, sendo suas bancas examinadoras compostas por juristas renomados e especializados nas áreas de exigência do concurso, já tendo sido tal entidade responsável pela realização de concursos da mesma natureza para os Ministérios Públicos dos Estados de Sergipe, Piauí, Roraima, Acre, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, além de concursos dos tribunais de contas dos Estados do Rio Grande do Sul e Mato Grosso, bem como de concurso da Defensoria Pública de Rondônia;

d) a banca examinadora do XX Concurso para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia é composta por membros do Ministério Público (Promotores de Justiça e Procurador da República), Professores e Advogados, todos com títulos de mestrado ou doutorado, conforme cópias dos respectivos currículos extraídos da Plataforma Lattes. Por outro lado, a Comissão de Concurso é composta por membros do Ministério Público de Rondônia e da Ordem dos Advogados do Brasil;

e) o denunciante não apresentou qualquer documento que pudesse comprovar ilegalidade, bem como não descreveu qualquer ato irregular eventualmente praticado pela Administração Superior do Ministério Público de Rondônia, razão pela qual entende suficientes as informações apresentadas.

As informações foram instruídas com os seguintes documentos: cópia integral do processo administrativo n. 2009001120018041 (contendo o contrato assinado com a entidade e todos os atos que o precederam); cópia do edital 010/2010, que institui a comissão do concurso e a banca examinadora; cópia dos currículos dos membros da banca; cópia do ofício da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que informa os concursos realizados pela entidade.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, tendo sido acenado, implicitamente, pelo representante legal da Fundação Escola Superior do Ministério Público tratar-se esta de parte ilegítima no presente procedimento, eis que nenhuma de suas atividades enquadra-se entre aquelas elencadas no art.130-A, par. 2° da Constituição Federal, cabe observar que a solicitação de informações à referida entidade deveu-se ao fato de que, sem embargo de o objeto deste procedimento incidir sobre atos administrativos praticados na esfera do Ministério Público do Estado de Rondônia – o qual figura como requerido nos presentes autos –, encontra-se questionada justamente a regularidade do Concurso de Ingresso no cargo de Promotor de Justiça de Rondônia tendo em vista o envolvimento de referida entidade na organização e execução do certame. Daí a conveniência de se ouvir a citada entidade.

Isto posto, no mérito, tem-se que a questão posta ao exame deste Conselho nesta oportunidade diz com a regularidade do referido XX Concurso de Ingresso no cargo de Promotor, à vista da participação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul na sua realização, tendo em vista que referida Fundação, dentre outras atividades, ministra cursos objetivando a preparação de candidatos para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público, conforme resta incontroverso nos autos, sendo corroborado, inclusive, pelas informações prestadas por seu representante legal.

A propósito, colhe-se do art. 4° do Estatuto da entidade, alterado em 11-12-2008, que a FMP tem por finalidade instituir e ministrar cursos objetivando preparar candidatos à carreira do Ministério Público, além de instituir e ministrar cursos de pós-graduação; instituir e manter estabelecimentos de ensino superior; realizar seminários, congressos, simpósios etc., que possam contribuir para o aprimoramento cultural e profissional dos integrantes da carreira do Ministério Público; apoiar projetos e atividades de ensino e pesquisa; editar publicações etc. (fls. 83/84).

É bem certo que a Resolução nº 40/2009, deste Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre o conceito de atividade jurídica para concursos públicos de ingresso nas carreiras do Ministério Público e dá outras providências, estabelece as seguintes restrições, no tocante à formação das comissões de concurso:

> *Art. 4º É vedada a participação de quem exerce o magistério e/ou a direção de cursos destinados à preparação de candidatos a concursos públicos em comissão de concurso ou em banca examinadora.*
>
> *Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo prevalece por três anos, após o encerramento*

das referidas atividades.

Art. 5º Aplicam-se ao membro da comissão de concurso ou da banca examinadora, no que couber, as causas de suspeição e de impedimento previstas nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Art. 6º Considera-se fundada a suspeição de membro da comissão de concurso ou da banca examinadora, quando:

I – For deferida a inscrição de candidato que seja seu servidor funcionalmente vinculado, cônjuge, companheiro, ex-companheiro, padrasto, enteado ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive.

II – Tiver participação societária, como administrador ou não, em cursos formais ou informais de preparação de candidatos para ingresso no Ministério Público, ou contar com parentes em até terceiro grau, em linha reta, colateral ou por afinidade nessa condição de sócio ou administrador.

§1º O impedimento ou a suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevindo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não poderá ser membro da comissão de concurso ou da banca examinadora o ex-cônjuge, os sogros, o genro ou a nora de quem for candidato inscrito ao concurso.

§2º Poderá, ainda, o membro da comissão de concurso ou da banca examinadora, declarar-se suspeito por motivo íntimo.

§3º O impedimento ou suspeição deverá ser comunicado ao presidente da comissão de concurso, por escrito, até 5 (cinco) dias úteis após a publicação da relação dos candidatos inscritos no diário oficial respectivo.

§4º Não prevalecerá o impedimento ou a suspeição para integrar a comissão de concurso ou a banca examinadora, para as fases subsequentes, se o candidato gerador dessa restrição for excluído definitivamente do concurso.

§5º A suspeição por motivo íntimo não poderá ser retratada.

As normas em tela emprestam concreção aos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, notadamente aos postulados da moralidade e da impessoalidade. Tanto assim que, ao analisar, no Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000310/2006-28, questionamento sobre o alcance do art. 3º da Resolução CNMP nº 04/2006 (vigente à época), que explicitava impedimento idêntico ao ora tratado (proibição dirigida a professores ou administradores de cursos preparatórios para concursos públicos de integrarem comissão de concurso ou banca examinadora), o Plenário deste Conselho, por unanimidade, considerou que tal vedação emanava da própria Constituição, devendo o referido art. 3º da Resolução ser aplicado retroativamente.

Com efeito, outro não poderia ser o entendimento deste Conselho, haja vista que não lhe cabe legislar, mas tão somente estabelecer normas que permitam o exato atendimento aos mandamentos constitucionais e legais, que doutra forma teriam sua eficácia comprometida.

Sob esse raciocínio, e tendo em vista ser missão do Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República (art. 130-A, § 2º, II, da CF), pode-se concluir que a Resolução nº 40/2009, a exemplo das que a antecederam, busca explicitar o alcance dos princípios da moralidade e da impessoalidade em sua aplicação à formação das comissões de concurso e bancas examinadoras, não criando regras que já não estivessem implicitamente vigentes no texto constitucional.

Nessa toada, cabe aqui relembrar decisões do Conselho Nacional de Justiça que, analisando o alcance de vedação similar à ora tratada (no sentido de que dirigente ou professor de curso preparatório para concurso público não possa fazer parte de comissão ou banca examinadora de concurso), constante da Resolução CNJ nº 11/2006, afirmaram a tarefa daquele órgão no sentido de fazer aplicar os princípios constitucionais da moralidade e da isonomia, interpretando-se a Resolução sempre à luz da Constituição, inclusive quando isso signifique alargar seu âmbito de aplicação:

> *Pedido de Providências. Consulta. Res. 11/CNJ. Participação de professores de cursos preparatórios nas bancas dos concursos para a carreira da magistratura. Impedimento. – "I) Não podem atuar como examinadores nos Concursos para Magistratura os professores de cursos preparatórios, por ferir postulados da moralidade e da isonomia. II)* ***A vedação que não se limita ao âmbito geográfico do Estado em que o examinador exerce o magistério****" (CNJ – PP 984 – Rel. Douglas Rodrigues – 29ª Sessão – j. 14.11.2006 – DJU 06.12.2006 – g.n.).*
>
> *Pedido de Providências. Consulta. Art. 6º da Resolução 11/2006 do CNJ. Desembargador que exerce função de coordenação na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Impedimento para compor banca examinadora do concurso para ingresso na carreira da magistratura. – "I) A vedação instituída pela Resolução 11/2006 do CNJ objetiva preservar a moralidade na realização dos concursos e a isonomia no tratamento aos candidatos. A finalidade da norma será mais provavelmente alcançada na medida em que as comissões e bancas de concursos sejam constituídas por profissionais sem qualquer comprometimento com o magistério em cursos preparatórios. II) A regra de impedimento veiculada no artigo 6º da Resolução 11/2006 do CNJ deve ser interpretada no sentido de abranger também as funções de direção, coordenação e/ou subcoordenação dos cursos voltados à preparação de candidatos a concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura" (CNJ – PP*

200810000009264 – Rel. Cons. José Adonis Callou de Araújo Sá – 65ª Sessão – j. 24.06.2008 – DJU 05.08.2008).

Como visto, enquanto no Pedido de Providências nº 984 o CNJ detalha o alcance da vedação prevista em sua Resolução nº 11/2006 com base na hermenêutica dos princípios constitucionais aplicáveis, concluindo que o impedimento "não se limita ao âmbito geográfico em que o examinador exerce o magistério", no Pedido de Providências nº 200810000009264 aquele Conselho encontra na Constituição fundamento para uma interpretação ampliativa da mencionada vedação, para nela abranger, além dos que constaram na letra da Resolução (os professores), também os exercentes de "funções de direção, coordenação e/ou subcoordenação".

Ora, também este Conselho, que goza de estatuto jurídico quase idêntico ao do CNJ, deve editar e aplicar seus atos normativos à luz dos vetores constitucionais que os informaram, adotando, conforme a hipótese, a interpretação que melhor permita a exata concretização dos ditames constitucionais.

Cumpre, nesse passo, examinar se a contratação de entidade especializada em ministrar cursos preparatórios para concursos de ingresso em carreiras públicas – e especificamente para a carreira de Promotor de Justiça, conforme se verifica no próprio sítio da FMP na Internet (fls. 379) – para organizar justamente um concurso público de ingresso na carreira de Promotor de Justiça coaduna-se com o móvel que animou a elaboração da Resolução nº 40/2009, em particular a concretização dos princípios da moralidade e da impessoalidade nos concursos para ingresso no Ministério Público.

De plano, salta aos olhos que seria incongruente proibir que um dirigente de curso preparatório para concurso público faça parte da banca examinadora do certame, permitindo-se, de outro lado, que a própria entidade que promove o curso preparatório fique responsável pela realização do concurso, inclusive formando a banca examinadora. Vale dizer: se o professor ou dirigente da entidade que mantém curso preparatório não pode participar da comissão de concurso ou da banca examinadora, com ainda mais razão não pode a entidade em si – a qual, evidentemente, manifesta-se por meio de seus administradores – organizar e executar o concurso.

Acresça-se ainda a tal ponderação o fato de que, no caso concreto, constata-se que três membros, dentre os seis da banca examinadora (fls. 81), lecionam ou lecionaram recentemente na entidade contratada para organizar o concurso, embora não especificamente nos cursos preparatórios para concursos públicos.

Com efeito, resulta do cotejo entre as listas de docentes dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e a lista de integrantes da banca examinadora do XX Concurso de

Ingresso na Carreira de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia que: dois dos professores, Daisson Flach e Mauro Fonseca Andrade, lecionam na graduação (fls. 79); um dos professores, Luis Renato Ferreira da Silva, lecionou na graduação no primeiro semestre de 2009 (fls. 80); e dois deles, Luis Renato Ferreira da Silva e Mauro Fonseca Andrade, lecionam ou lecionaram recentemente nos cursos de pós-graduação (fls. 72 – o documento não discrimina o período exato).

É certo que a própria Fundação informa a existência dos dois professores do curso de graduação na banca examinadora (fls. 70), alegando a inofensividade do fato com base no argumento de que os respectivos alunos não podem participar de concursos para o Ministério Público, e sequer teriam conhecimento jurídico suficiente para tanto.

A Fundação não menciona, porém, que um desses professores, Mauro Fonseca Andrade, assim como outro membro da banca, Luis Renato Ferreira da Silva, lecionam (ou lecionaram recentemente) no curso de pós-graduação oferecido pela entidade. Nesse caso, a justificativa apresentada mostra-se inaplicável, eis que os alunos da pós podem, em tese – caso tenham cumprido os três anos de atividade jurídica –, prestar concurso para Promotor de Justiça. Tal circunstância ganha ainda maior relevo quando se considera que, diante da interpretação atualmente vigente do conceito de atividade jurídica para fins de concursos públicos para ingresso no Ministério Público, o curso de pós-graduação pode ser contabilizado como atividade jurídica.

Em outras palavras: da maneira como a situação ora se apresenta, é perfeitamente factível que alguma pessoa interessada em fazer o concurso para ingresso no Ministério Público de Rondônia e, quiçá, interessada também em contabilizar mais um ano de atividade jurídica que lhe permita prestar tal concurso, tenha cursado uma pós-graduação na Fundação responsável por organizar esse mesmo concurso (FMP/RS), assistindo a aulas ministradas por professores que fazem parte da banca examinadora do certame. Ora, ainda que tal curso de pós-graduação não se volte especificamente à preparação para o concurso em tela, é lícito supor que o referido candidato não se encontraria em igualdade de condições em relação àqueles que não se matricularam nos cursos da referida entidade.

Além disso, cumpre observar que a hipótese de que candidatos ao cargo de Promotor de Justiça do Estado de Rondônia se matriculem em curso oferecido pela Fundação organizadora do certame não é nem um pouco remota, quando se verifica que todos aqueles que pretendem fazer sua inscrição no concurso pela Internet, no sítio oficial do Ministério Público do Estado de Rondônia, são automaticamente redirecionados para a página da Fundação (cujo endereço eletrônico é inclusive mencionado no edital do concurso – fls. 14), a qual apresenta diversos "links" alusivos aos cursos

preparatórios para concursos públicos oferecidos pela entidade, sendo possível ler em um dos "banners" os seguintes dizeres: "OFICIALMENTE COMPROVADO: QUEM FAZ FMP TEM MAIS CHANCES. A ESCOLA CURSADA POR MAIS DA METADE DOS APROVADOS NA 1ª FASE DO CONCURSO PARA PROMOTOR. FMP. A ESCOLA OFICIAL DO MP" (sic - fls. 378/379).

Ademais, verifica-se constar do contrato celebrado entre a Fundação e o Ministério Público do Estado de Rondônia (fls. 277/292) que aquela ficou responsável por "elaborar, revisar, compor, imprimir e acondicionar as provas a serem aplicadas no concurso" (fls. 281), tendo acesso com antecedência, portanto, a informações sensíveis, cujo sigilo é absolutamente indispensável à lisura do concurso.

Sobreleva, *in casu*, o **conflito de interesses** advindo da posição ambígua ostentada pela Fundação, que, de um lado, responsabiliza-se pelo sigilo das provas e pelo tratamento isonômico dos candidatos e, de outro, tem indisfarçável interesse na aprovação de seus alunos, inclusive alardeando, em sua página na Internet, o alto índice de aprovação que tem alcançado.

Cabe assinalar, neste passo, que o conflito de interesses não é mitigado pela circunstância de a Fundação ser sediada no Rio Grande do Sul e o concurso ter lugar em Rondônia. Ora, um concurso que oferece vagas de Promotor de Justiça com subsídio inicial de R$ 18.910,23 (fls. 12), além de todas as prerrogativas inerentes ao cargo, sabidamente atrai candidatos das mais diversas regiões do país, sobretudo quando se leva em conta a desproporção existente entre as esporádicas vagas para o Ministério Público que se abrem em todo o Brasil e a crescente quantidade de bacharéis interessados em disputá-las.

Não se pode cogitar, num mundo cada vez mais integrado e globalizado, da distância física em cada caso para se afastarem as implicações impostas pelo ordenamento jurídico. Conforme nos lembra Marçal Justen Filho, a propósito de comentar impedimentos similares constantes do art. 9º da Lei nº 8.666/93 (referentes às pessoas que não podem participar de licitações), tais vedações visam atacar os riscos que podem "produzir distorções incompatíveis com a isonomia", sendo suficiente a justificar o impedimento a mera **potencialidade do dano**[1].

Nesse sentido dispôs o E. Conselho Nacional de Justiça, em julgado já referido neste voto (PP 984 – Rel. Douglas Rodrigues – 29ª Sessão – j. 14.11.2006 – DJU 06.12.2006), no qual se entendeu que a limitação imposta à participação de professor de curso preparatório em banca examinadora de concurso não comportava restrição geográfica.

---

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 4. ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1995, pp. 64-68 (grifo nosso).

Ressalte-se: não se está aqui a imputar à Fundação o favorecimento concreto a seus alunos, ou de violação ao sigilo das provas; o que se constata na hipótese é a clara existência de conflito de interesses, situação essa inequivocamente repelida pela *mens legis* que permeia os supracitados dispositivos contidos na Resolução CNMP nº 40/2009.

À toda evidência, a Resolução busca proteger a independência, objetividade e imparcialidade na Administração, o que se relaciona intrinsecamente com a imprescindível proteção ao postulado constitucional da *moralidade administrativa*[2].

Assim, se o conflito de interesses é condenado pela Resolução nº 40/2009, isso se dá na exata medida em que ofende os princípios basilares da Administração Pública, notadamente os da **impessoalidade e moralidade**, cuja guarda, no tocante à Administração do Ministério Público brasileiro, compete a este Conselho.

Ora, do ponto de vista sociológico-jurídico, a exigência de concurso público vem agindo historicamente como instrumento de despatrimonialização do Estado, de vez que afere o candidato pelo mérito, candidato esse que, uma vez aprovado, passa a compor as organizações respectivas. O concurso público combate, portanto, o favor, eliminando a forma de dominação tradicional para criar a racional-legal, esta inerente ao Estado moderno, conforme Weber. Promove, assim, o princípio da igualdade, visto já agora na perspectiva formal e material. Todo procedimento que, de modo direto ou indireto, influencie na aferição do mérito deve ser afastado em prol da efetivação do princípio isonômico.

Cabe aqui concluir, pois, que o mote principiológico que informou a confecção da Resolução nº 40/2009, bem como das Resoluções que, antes dela, trataram desse tema (Resoluções nº 04/2006, 14/2006 e 29/2008), ficaria patentemente neutralizado pela admissão, como regular, da prática ora posta sob exame deste Conselho.

A solução que se impõe, diante do quadro ora exposto, é a anulação, a partir do edital, do XX Concurso de Provas e Títulos para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia, sem prejuízo, evidentemente, de que outro seja realizado, observadas as normas constitucionais e regulamentares aplicáveis.

Tal solução se mostra inarredável e proporcional neste caso específico, tendo em vista, de um lado, que as violações a princípios constitucionais revelam-se graves e flagrantes e, de outro, que o concurso, para preenchimento de 4 (quatro) vagas de Promotor de Justiça Substituto, além de outras que eventualmente surjam, ainda se encontra em fase inicial, certo que as inscrições podem ser realizadas até 11/03/2010 e a prova preambular está prevista para o dia 18/04/2010 (fls. 18). Preserva-se intacto,

2 Confira-se, nesse sentido: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

por tais motivos, o princípio da proporcionalidade, inscrito no art. 2º, parágrafo único, VI, da Lei nº 9.784/99, haja vista a estrita adequação entre meios e fins, na medida necessária ao atendimento do interesse público.

Ante o exposto, voto no sentido de reconhecer a nulidade do XX Concurso de Provas e Títulos para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia, *desde o edital*, assegurada aos candidatos já inscritos a devolução dos valores pagos a título de taxa de inscrição, ou, a critério do candidato, sua inscrição automática no próximo concurso de mesma natureza a ser realizado pelo Ministério Público do Estado de Rondônia.

É como voto.

MARIO BONSAGLIA
Relator

ADITAMENTO AO VOTO

Tendo em vista o precedente firmado no Processo nº 0.00.000.000741/2007-75, no qual este Conselho determinou, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, a rescisão dos contratos administrativos que aquele órgão ministerial celebrara com empresa prestadora de serviços (feito julgado na Sessão Plenária realizada em 09/03/2010), apresento aditamento ao voto que proferi na Sessão de 09/03/2010 para especificar a determinação não apenas de anulação, desde o edital, do XX Concurso de Provas e Títulos para Ingresso no Cargo de Promotor de Justiça Substituto do Estado de Rondônia, nos termos em que constou, mas também de que *a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Rondônia promova a rescisão do contrato celebrado com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP).*

É como voto.

MARIO BONSAGLIA
Relator

PROCESSO Nº 0.00.000.000021/2006-29
RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA
INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO
OBJETO: TETO REMUNERATÓRIO CONSTITUCIONAL

EMENTA

TETO CONSTITUCIONAL. COMISSÃO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. EXTINÇÃO DO SUBTETO ESTADUAL. CARÁTER NACIONAL E UNITÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INATIVIDADE. ADICIONAL DE 20%. ENTENDIMENTO DO STF. SEXTA-PARTE NO MP/SP. GRATIFICAÇÃO TRINTENÁRIA E ABONO FAMILIAR NO MP/MG. ENTENDIMENTO DO CNJ. REDUÇÃO IMEDIATA DOS PAGAMENTOS AO LIMITE CONSTITUCIONAL. LIMITAÇÃO DOS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO NAS UNIDADES DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NÃO IMPLANTARAM O SUBSÍDIO. FICHAS FINANCEIRAS E FOLHAS DE PAGAMENTO. DOCUMENTO ÚNICO. EXPLICITAÇÃO DOS PAGAMENTOS RETROATIVOS E DA BASE LEGAL DAS RUBRICAS.

1. A existência de subteto remuneratório nos Estados não se coaduna com o caráter nacional e unitário do Ministério Público. 2. Os valores pagos a título da gratificação de 20% sobre a remuneração quando da passagem para a inatividade; a "sexta-parte" no Ministério Público do Estado de São Paulo e a gratificação trintenária e o abono familiar no Ministério Público do Estado de Minas Gerais que ultrapassem o teto constitucional ficam congelados até a sua absorção por futuros aumentos no subsídio, vedada a concessão desses benefícios acima do teto constitucional aos membros e servidores que ainda não os percebem, de acordo com o precedente do STF no Mandado de Segurança nº 24.875-1/DF e do CNJ nos Procedimentos de Controle Administrativo nºs 489/07 e 442/07. 3. O adicional por tempo de serviço, nos Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, que ainda não adotaram o subsídio, fica limitado a sete quinquênios, respeitado o teto constitucional. 4. As fichas financeiras

e folhas de pagamento devem ser consubstanciadas em um único documento, com a indicação clara e precisa dos pagamentos retroativos e das bases legais de cada rubrica.

ACÓRDÃO

Acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, fixar o teto remuneratório equivalente ao subsídio de Ministro do STF para todo o Ministério Público Brasileiro, no valor de R$ 24.500,00; determinar a manutenção do benefício de 20% sobre a remuneração no ato da aposentadoria, para membros do Ministério Público Nacional; da "sexta-parte", no Ministério Público do Estado de São Paulo, e da "gratificação trintenária" e "abono família", no Ministério Público de Minas Gerais, ficando seus valores congelados se ultrapassarem o teto constitucional, até a absorção por aumentos futuros no subsídio, vedada a nova concessão desses benefícios acima do limite constitucional a membros ou servidores; preservar os adicionais de tempo de serviço nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, que ainda não adotaram o subsídio, limitados ao patamar de sete quinquênios, que, somados com todas as parcelas que compõem os vencimentos, não poderão ultrapassar o limite do teto constitucional; reduzir imediatamente os valores pagos aos membros e servidores do Ministério Público Nacional ao limite constitucional de R$ 24.500,00, computadas neste valor o subsídio e quaisquer gratificações, inclusive as decisões judiciais proferidas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, ressalvadas apenas as parcelas que não se sujeitam ao limite constitucional constantes das Resoluções nºs 09 e 10/CNMP, a gratificação de 20% em decorrência da passagem para a inatividade, a sexta-parte no Estado de São Paulo, a gratificação trintenária e o abono família no Ministério Público de Minas Gerais; e determinar que as fichas financeiras e folhas de pagamentos de todas as unidades do Ministério Público Nacional sejam consubstanciadas em documento único, discriminando o período a que se referem os pagamentos de caráter retroativo e a base legal de cada rubrica, nos termos do voto do Relator.

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA
Relator

RELATÓRIO

O presente procedimento de controle administrativo surgiu de requerimento do Conselheiro Alberto Cascais Meleiro no sentido de que fosse requisitado às unidades financeiras do Ministério Público, tanto dos Estados quanto da União, que informassem, discriminadamente, "todas as parcelas que compõem a remuneração paga aos seus membros, servidores efetivos e ocupantes de cargo em comissão, sejam de caráter geral ou pessoal; de natureza remuneratória, indenizatória, compensatória ou previdenciária; bem como qualquer outra vantagem ou benefício, permanente ou não", tendo sido distribuído a mim, pela condição de Presidente da Comissão de Controle Administrativo e Financeiro deste Conselho.

Nesse sentido, foram solicitadas aos ramos do Ministério Público da União e às unidades dos Ministérios Públicos nos Estados, por meio do Ofício-Circular nº 15/2006, as fichas financeiras de todos os membros e servidores, dos meses de janeiro a dezembro do exercício financeiro do ano de 2006, bem como a base legal de cada rubrica.

As informações foram recebidas pela Comissão na forma de CD ROM, de acordo com formato previamente definido pelos analistas de informática da Procuradoria Geral da República, os quais desenvolveram um sistema de informação para agilizar a análise das rubricas constantes das fichas financeiras de cada Ministério Público.

O referido sistema foi capaz de separar, em grupos, as rubricas identificadoras de valores que se sujeitam ao teto constitucional, por um lado, e aquelas que não se sujeitam a tal limitação, a exemplo de diárias e indenizações diversas, tudo à luz dos ditames das Resoluções nºs 9 e 10 deste Conselho, aplicáveis à espécie.

A título de esclarecimento, a Resolução nº 9/CNMP dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório e do subsídio mensal dos membros do Ministério Público.

Informa a Resolução nº 9/CNMP, em seu art. 4º, que estão compreendidas no subsídio e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

> *I – diferença de entrância ou substituição ou exercício cumulativo de atribuições;*
>
> *II – gratificação pelo exercício da função de Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente e Corregedor-Geral, quando não houver a fixação de subsídio próprio para as referidas funções;*

III – gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento nos gabinetes do Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente, Corregedor-Geral ou em outros órgãos do respectivo Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, na forma prevista no inciso V do art. 37 da Constituição Federal;

IV – exercício em local de difícil provimento;

V – incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e da aplicação do parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75 de 1993, ou equivalente nos Estados, aos que preencheram os seus requisitos até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16 de dezembro de 1998;

VI – direção de escola do Ministério Público, e

VII -gratificação pelo exercício de função em conselhos ou em órgãos colegiados externos cuja participação do membro do Ministério Público decorra de lei.

Por seu turno, a Resolução nº 10/CNMP disciplina a incidência do teto constitucional para os servidores do Ministério Público nacional e para os membros das unidades dos Ministério Públicos que não adotam o subsídio, quais sejam, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Segundo as sobreditas Resoluções, não estão sujeitas ao teto constitucional as verbas:

I – de caráter indenizatório:

a) ajuda de custo para mudança e transporte;
b) auxílio-alimentação;
c) auxílio-moradia;
d) diárias;
e) auxílio-funeral;
f) indenização de férias não gozadas;
g) indenização de transporte;
h) licença-prêmio convertida em pecúnia;
i) outras parcelas indenizatórias previstas em lei.

II – de caráter permanente:

a) benefícios percebidos de planos de previdência instituídos por entidades fechadas, ainda que extintas;
b) benefícios percebidos do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em decorrência de recolhimento de contribuição previdenciária oriunda de rendimentos de atividade exclusivamente privada.

III – de caráter eventual ou temporário:

a) auxílio pré-escolar;
b) benefícios de plano de assistência médico-social;
c) bolsa de estudo que tenha caráter remuneratório;
d) devolução de valores tributários e/ou contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas.

De se destacar que apenas com a Resolução nº 10, não se sujeita ao teto constitucional, apenas para os membros e servidores que não recebem subsídio, o "auxílio transporte", verba de caráter indenizatório.

Ainda seguindo as Resoluções deste Conselho Nacional, foram analisadas separadamente as verbas que não podem exceder o valor do teto constitucional, embora não se somem entre si, nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento. Essas verbas são consideradas de per si, e cada uma delas não pode, isoladamente, ultrapassar o teto constitucional. São elas:

I – adiantamento de férias;
II – gratificação natalina;
III – adicional constitucional de férias;
IV - remuneração ou provento decorrente do magistério, nos termos do art. 128, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal;
V - gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral de que trata o art. 50, VI, da Lei nº 8.625/93 e a Lei nº 8.350/91;
VI - gratificação pela participação, como membro, em sessão do Conselho Nacional do Ministério Público ou do Conselho Nacional de Justiça;
VII - gratificação de magistério por hora-aula proferida no âmbito do Poder Público;
VIII- abono de permanência em serviço, no mesmo valor da contribuição previdenciária, conforme previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal, incluído pela Emenda

Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003;

IX – pensão por morte.

Referidas rubricas, portanto, não foram computadas na remuneração do mês, mas separadas, mês a mês, para verificação de sua conformidade com o teto constitucional.

A identificação das verbas a que se referem as Resoluções demandou a análise de quase seis mil rubricas, considerando o universo dos quatro ramos do Ministério Público da União e dos vinte e seis unidades dos Ministérios Públicos Estaduais.

Observa-se que a maioria das unidades do Ministério Público nacional, vinte no total, possui rubrica com várias denominações, como sendo, "limitação constitucional", "abate-teto" e "Resolução 9/CNMP" com o objetivo de reter os valores que porventura excedam o patamar do teto remuneratório constitucional. São eles: todos os ramos do Ministério Público da União, mais os Ministérios Públicos dos Estados do Acre, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Sergipe e São Paulo.

Na elaboração do relatório foram excluídas do teto remuneratório constitucional as rubricas de pagamentos retroativos, para evitar que parcelas pagas fora do mês de competência fossem indevidamente somadas com a remuneração de outro mês, evitando a ocorrência de acúmulos irregulares.

Após, foi expedido ofício-circular às unidades do Ministério Público que apresentaram registros de pagamentos superiores ao teto, capeando CD-ROM com o resultado do trabalho, para o oferecimento de esclarecimentos.

Algumas unidades do MP responderam ao expediente, alegando, resumidamente, o quanto segue:

O Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Federal fizeram observações pontuais relativas ao pagamento retroativo de benefícios previdenciários e, ao creditamento do terço constitucional no mês de janeiro para os membros que solicitaram o gozo de férias nos meses de janeiro e fevereiro, conforme autorizado na Lei Complementar nº 75/93. Esclareceram, portanto, que não houve irregularidades nesses pagamentos.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que ainda não adota o regime de subsídio, informou que os pagamentos de remunerações acima do teto constitucional de R$ 22.111,25 dizem respeito a vantagens criadas antes da vigência da Resolução nº 10/CNMP. Nesse sentido, informou que no Processo nº 444/2006-49, de relatoria do Conselheiro

Ernando Uchôa, este Conselho decidiu, por unanimidade, "que os Membros e servidores do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul têm o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os vencimentos e proventos, até que o mesmo seja absorvido pelo subsídio a ser futuramente fixado em lei, nos termos do voto do relator.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina informou que:

a rubrica "Parcela de Irredutibilidade. CF, 128,5.I", existente em 58 ocorrências, tem seu pagamento justificado pelo princípio da irredutibilidade salarial;
entende que a rubrica "Aux. Educação/CEAF" se reveste de caráter indenizatório e não deve ser submetida ao cotejo com o teto remuneratório;em decorrência de mandado de segurança impetrado em setembro de 2006, visando resguardar o direito de três membros ao recebimento integral de gratificações, o Procurador-Geral de Justiça determinou o seu pagamento aos membros que se encontravam na mesma situação;em novembro de 2006, foi determinado pelo Procurador-Geral de Justiça que fosse observado como limite remuneratório a importância de R$ 24.500,00 "com resgate, inclusive, de eventuais parcelas anteriormente bloqueadas".

O Ministério Público do Estado do Pará informou que o artigo 5º da Lei Estadual n.º 6.794/05, que estabeleceu o regime de subsídio, dispõe que "aos membros inativos do Ministério Público do Estado do Pará que percebam remuneração ou proventos com valor superior ao subsídio fixado no art. 1º desta Lei, fica assegurado o direito de opção pelo sistema remuneratório desta Lei, devendo a parcela excedente ser paga como vantagem individual".

Aduziu, ainda, que na mesma regra foram incluídos os Procuradores de Justiça aposentados que recebiam, pelo regime remuneratório anterior, com fundamento na Lei Estadual n.º 2.516/62, a verba denominada "tempo de guerra".

E, finalmente, expôs que as verbas compreendidas no artigo 4º da Resolução nº 9/CNMP são pagas até o limite remuneratório de R$ 24.500,00, por entendimento da Administração Superior daquela unidade do Ministério Público.

O Ministério Público do Estado do Sergipe informou que, nos meses de novembro e dezembro de 2006, observou o teto remuneratório de R$ 24.500,00. Para tanto, baseou-se na decisão liminar proferida por este Conselho nos autos do processo nº 561/2006-11, na Resolução nº 15/CNMP e destacou que a decisão proferida pelo STF na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade nº 3.831-1 foi publicada no Diário oficial da União apenas em 01/02/2007.

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte informou que a verba

"parcela de irredutibilidade" contempla o valor nominal dos proventos dos membros aposentados que, no momento da fixação do subsídio, excediam o teto remuneratório constitucional. Afirma que o seu pagamento foi considerado legítimo por este Conselho, no processo nº 393/2006-55, de relatoria do Conselheiro Hugo Cavalcanti.

Informou, também, que no seu entendimento o "salário-família" é verba indenizatória, prevista em Lei Complementar Estadual, não estando sujeito ao teto constitucional, e as gratificações pelo exercício das funções de Procurador-Geral, Procurador-Geral Adjunto e Corregedor-Geral são pagas até o limite de R$ 24.500,00, sob a justificativa de aplicação por analogia do entendimento firmado por este Conselho no julgamento do processo nº 444/2006-49, de relatoria do Conselheiro Ernando Uchôa, em que era interessado o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Aduziu, ainda, que a "gratificação de função devida a chefe de gabinete e coordenador da assessoria jurídica" é paga até o limite de R$ 24.500,00, com fundamento em decisão liminar proferida pelo Conselheiro Saint´Clair no pedido de providências nº 561/2006-11, que a afastou a aplicação do artigo 2º da Resolução nº 9/CNMP.

O Ministério Público do Estado de Alagoas informou que a rubrica "complemento constitucional" dá efetividade ao princípio da irredutibilidade de vencimentos após a implantação do subsídio e teve sua aplicação assegurada por decisão do STF. Aduziu, ainda, que a rubrica "incorporação de vantagem" refere-se ao exercício de funções administrativas, entendendo que o seu pagamento é permitido até o limite do vencimento de Ministro do STF, de acordo com o inciso V do art. 4º da Resolução nº 9/CNMP.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro informou que:

> *1. com a revogação da Resolução CNMP nº 15/2006, não haveria norma expressa dispondo sobre o teto remuneratório constitucional. Por essa razão, considera o teto de R$ 24.500,00, de acordo com a linha argumentativa traçada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.854/DF;*
>
> *2. manteve o pagamento do salário família até o mês de março de 2007 aos membros e servidores que o recebiam antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, que vedou o seu pagamento aos agentes públicos com remuneração superior a R$ 360,00; e*
>
> *3. devido à inexistência de uma descrição mais pormenorizada das verbas que compõem a sua ficha financeira, o sistema de informação desenvolvido por esta Comissão teria considerado o pagamento de verbas retroativas.*

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais argumentou pela adoção do teto de R$ 24.500,00 nos Estados e que rubricas referentes a acertos de contribuições para o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais e as indicativas de vantagens extraordinárias sejam desconsideradas para o cotejo com o teto.

Alegou, ainda, que o pagamento de parcelas atrasadas referentes a quinquênios e Gratificação de Incentivo ao Aperfeiçoamento Funcional gerou ocorrências indevidas de ultrapassagem do teto em relação três servidores.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios contestou a inclusão, para o cômputo do teto constitucional, da verba "auxílio-natalidade", baseado na existência de decisão no processo PGR nº 1.00.000.006114/2005-21, aplicável aos ramos do Ministério Público da União, determinando, *in verbis*, que "*as parcelas hoje pagas em caráter indenizatório, como o auxílio-alimentação, auxílio-creche, auxílio-moradia, ajuda de custo, auxílio natalidade, diárias, abono pecuniário, abono permanência e indenização para pensionista de licença prêmio não usufruída por membro, devem continuar sendo pagas, inclusive quando extrapolarem o limite do teto, uma vez que os seus efetivos pagamentos estão adstritos unicamente à respectiva natureza, e não à sua denominação".*

Ainda em sua resposta, o MPDFT admitiu a existência de sete membros cujos vencimentos excederam o limite constitucional, consignando, quanto a este fato, que já adota providências para fins de ressarcimento ao erário.

O Ministério Público do Estado da Paraíba informou que os casos apontados no relatório prévio desta Comissão estão relacionados à incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de funções comissionadas pagas a seus membros sob a rubrica denominada "parcela a compensar", com supedâneo no inciso V do art. 4º da Resolução nº 9/CNMP.

O Ministério Público do Estado de Rondônia atendeu ao ofício respondendo que adotou o subsídio no mês de setembro de 2006, bem como das limitações quanto ao teto constitucional, dando efetividade ao disposto na Resolução nº 9/CNMP.

Informou, ainda, que os pagamentos a título de "auxílio-saúde" efetuados após a adoção do subsídio foram efetivados mediante interpretação do art. 6º, inciso III, alínea "b", da Resolução nº 9/CNMP, que exclui do teto constitucional as parcelas de caráter eventual ou temporário pagas a título de "benefício de plano de assistência médico-social".

Finalmente, pontuou que os pagamentos além do teto estadual, de 90,25% do subsídio de Ministro do STF, só ocorreram no período de vigência da liminar

concedida pelo Conselheiro Saint´Clair e da Resolução nº 15 deste Conselho.

O Ministério Público do Estado de Roraima informou que apenas nos meses de novembro e dezembro de 2006 foi admitido o teto remuneratório no valor de R$ 24.500,00, tendo retornado ao subteto em janeiro de 2007, face à decisão liminar do STF na medida cautelar na ADIN nº 3.831/DF.

O Ministério Público do estado de Mato Grosso respondeu no sentido de que a rubrica "verba de representação" se destina a remunerar os ocupantes dos cargos de Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral, e a verba denominada "complementação" visa obedecer ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos, após a instituição do subsídio naquela unidade.

O Ministério Público do Estado do Maranhão informou que considerou o teto de R$ 24.500,00 durante o período de 16 de novembro a 18 de dezembro de 2006, por força da concessão de liminar nos autos do já mencionado processo CNMP nº 561/2006-11, que afastou a aplicação do art. 2º da Resolução nº 9/CNMP.

A unidade do MP em comento ressaltou que, por um lapso do sistema, o "salário-família" não foi considerado pelo programa de corte do teto. Registrou, ainda, que os pagamentos de substituições por período superior a 30 dias são creditados aos membros retroativamente, não devendo ser integralmente cotejadas com a remuneração do mês do pagamento.

O Ministério Público do Estado do Paraná considera que "o temário ficou definitivamente assentado por ocasião da edição da r. Resolução nº 15 desse egrégio Colegiado", informando, em sua resposta, "que em relação aos inativos preservou-se o pagamento de parcelas sujeitas à irredutibilidade, consoante legislação vigente à época da aposentadoria".

O Ministério Público do Estado do Acre informou que, nos casos de curatela e pensionista, houve o pagamento da diferença de perdas salariais referente ao 11,98% e correção monetária dessas perdas em uma única rubrica, enquanto que nos contracheques dos membros e servidores essas parcelas estão discriminadas em rubricas separadas.

O Ministério Público do Estado do Tocantins respondeu solicitando a exclusão, para o cômputo do teto constitucional, do abono variável instituído pela Lei nº 10.477/02.

O Ministério Público do Estado de São Paulo informou que cinco de seus servidores estão na hipótese prescrita no art. 6º da Resolução nº 10/CNMP, que dispõe que "Os valores nominais pagos em atraso ficam sujeitos, juntamente com a remuneração do mês de competência, ao cotejo com o teto, observadas as regras estabelecidas pela legislação vigente ao tempo em que deveriam ter sido satisfeitos",

configurando, portanto, pagamentos retroativos.

Explicitou, ainda, que muitos dos pagamentos efetuados acima do teto constitucional são explicados pelo congelamento dos adicionais temporais de sexta-parte e quinquênios que seriam considerados parcela autônoma irredutível, em face do princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

A mesma explicação foi dada para justificar o pagamento da gratificação de diferença de entrância, percebida por Promotores de Justiça designados para oficiar em 2ª Instância. A esse respeito, afirmou a unidade do Ministério Público em comento que "buscando resguardar o tratamento isonômico em relação aos Procuradores de Justiça, e por força da garantia da irredutibilidade de vencimentos, os valores que excediam o teto remuneratório (R$ 24.500,00) foram congelados, até serem absorvidos por futuros reajustes".

Os Ministérios Públicos dos Estados do Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e Pernambuco responderam ao ofício fora do prazo do legal. Os Ministérios Públicos dos Estados do Amazonas, Amapá e Bahia não ofereceram resposta.

A Comissão de Controle Administrativo e Financeiro considerou como teto constitucional nos Estados para o mês de outubro de 2006, quando entrou em vigor a Resolução nº 9/CNMP, o valor de R$ 22.111,25, e para os meses de novembro e dezembro de 2006 o valor de R$ 24.500,00, de acordo com a liminar concedida nos autos do Processo CNMP nº 561/2006-11. Nesse ponto agradeço, em nome dos membros da Comissão, a contribuição preciosa que os senhores Sérgio Costa Ravagnani, Paulo Célio Soares da Silva Júnior e Eder Sardinha e Silva destinaram à concepção do trabalho.

Destaco também, especialmente, a assistência dedicada à Comissão pelos Senhores Paulo Knupp dos Santos, Francisco Luis Parisi, Antônio Alberto Rodrigues Pestana Júnior e Fabrício da Silva Barbosa, da Coordenadoria de Desenvolvimento de Sistemas da Procuradoria Geral da República, que desenvolveram o sistema informático que possibilitou a conclusão deste trabalho.

Para o exame de todos, passo a projetar os dados gráficos decorrentes do trabalho levado a efeito pela Comissão de Controle Administrativo e Financeiro.

Feito o relatório, passo ao voto.

VOTO

A Resolução nº 9 deste Conselho veio dar concretude ao comando inserto no inciso XI do art. 37 da CF, que dispõe:

"a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos"

Dispondo sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros do Ministério Público, esta Resolução, publicada no Diário Oficial da União em 21 de junho de 2006, estabelece em seu artigo 11 que "os atos necessários ao cumprimento integral desta Resolução deverão ser adotados no prazo de 90 (noventa) dias". Desta feita, as unidades do Ministério Público brasileiro tiveram até o dia 21 de setembro de 2006 para alinharem as suas fichas financeiras com os seus ditames.

Paralelamente a isto, também a resolução nº 10/CNMP regulou a aplicação do sobredito mandamento constitucional no que se refere aos servidores do Ministério Público e os membros dos Ministério Público que não adotam o subsídio. Nesse particular, apenas as unidades dos Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul não adotaram, ainda, o regime remuneratório do subsídio.

A Resolução nº 10, por seu turno, teve aplicabilidade a partir do dia 7 de outubro de 2006, de acordo com a norma contida em seu art. 9º.

Pois bem, em 6 de novembro de 2006, este Conselho, por maioria, concedeu medida liminar nos autos do processo nº 561/2006-11 para afastar a aplicação do art. 2º da Resolução nº 9 e do art. 2º da Resolução nº 10 deste CNMP.

O referido processo restou prejudicado em face da edição da Resolução nº 15, deste Conselho, publicada em 6 de dezembro de 2006, que retificou as Resoluções nºs 9 e 10 para estabelecer novo limite remuneratório aos Ministérios Públicos dos Estados, que passou a ser idêntico ao de Ministro do STF. Pela nova redação, o subsídio

dos membros dos Ministérios Públicos Estaduais foram limitados a 90,25% do subsídio de Ministro do STF, podendo, entretanto, o valor de sua remuneração atingir o teto remuneratório de R$ 24.500,00, para aqueles sujeitos à regulamentação da Resolução nº 9, por meio das gratificações elencadas nos incisos do art. 4º, decorrentes de:

> *I – diferença de entrância ou substituição ou exercício cumulativo de atribuições;*
>
> *II – gratificação pelo exercício da função de Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente e Corregedor-Geral, quando não houver a fixação de subsídio próprio para as referidas funções;*
>
> *III – gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento nos gabinetes do Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente, Corregedor-Geral ou em outros órgãos do respectivo Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, na forma prevista no inciso V do art. 37 da Constituição Federal;*
>
> *IV – exercício em local de difícil provimento;*
>
> *V – incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e da aplicação do parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75 de 1993, ou equivalente nos Estados, aos que preencheram os seus requisitos até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16 de dezembro de 1998;*
>
> *VI – direção de escola do Ministério Público; e*
>
> *VII -gratificação pelo exercício de função em conselhos ou em órgãos colegiados externos cuja participação do membro do Ministério Público decorra de lei.*
>
> *A Resolução nº 15, por seu turno, foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade*

nº 3.831/DF, na qual o Pleno do STF deferiu a medida cautelar requerida pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República para sustar os seus efeitos. O julgamento ocorreu em 15 de dezembro de 2006, tendo sido o Presidente deste Conselho Nacional do Ministério Público dela comunicado no mesmo dia, por meio de telegrama, e publicada no Diário Oficial da União em 1º de fevereiro de 2007.

Após, este Conselho editou a Resolução nº 17, publicada em 17 de abril de

2007, que reestabeleceu as redações originais das Resoluções nºs 9 e 10, revogando, assim, a Resolução nº 15. Diante desse fato, o Pleno do STF declarou a perda de objeto da referida ADI, na assentada do dia 04/06/2007.

Relevante, para o tema, ressaltar ainda, a superveniência de decisão do STF na ADI nº 3.854/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que em sede de medida cautelar declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto da parte final do inciso XI do artigo 37 da CF, determinando interpretação conforme à Constituição no sentido de excluir a limitação do subteto remuneratório das Justiças Estaduais a 90,25% do subsídio de Ministro do STF.

A referida decisão se fundamentou no caráter nacional e unitário da Magistratura, previsto no artigo 93 da Lei Maior, e no princípio constitucional da isonomia, estendendo seus efeitos, entretanto, somente àqueles agentes públicos.

Sendo este o panorama normativo que norteou os trabalhos desta Comissão, passo agora a analisar os questionamentos levantados pelas unidades do Ministério Público, nos seguintes termos:

Nesta altura, sugiro o acolhimento da exclusão, para efeitos de cotejo com o teto constitucional, das rubricas denominadas "parcela de irredutibilidade", "parcela a compensar" ou outra de igual teor, pagas pelos Ministério Públicos dos Estados de Alagoas, Ceará, Minas Gerais, Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Santa Catarina, desde que digam respeito à gratificação de 20% percebida pelos membros inativos antes da instituição do subsídio, como autorizado pelo inciso V do artigo 4º da Resolução nº 09/CNMP e desde que absorvidas, em aumentos futuros, na esteira da decisão do STF no Mandado de Segurança nº 24.875/DF, de relatoria do Eminente Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA

EMENTA: I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, inciso III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da Lei nº 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte. II. Controle incidente de constitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à decisão da causa ou que a declaração de ilegitimidade constitucional não aproveite à parte suscitante, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a

enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. SE 5.206-AgR, 8.5.97, Pertence, RTJ 190/908; Inq 1915, 05.08.2004, Pertence, DJ 05.08.2004; RE 102.553, 21.8.86, Rezek, DJ 13.02.87). III. Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. IV. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: argüição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/03, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas (art. 37, inciso XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição. 1. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha induvidosamente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. 2. Nem da interpretação mais generosa das chamadas "cláusulas pétreas" poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos. 3. No tocante à magistratura - independentemente de cuidar-se de uma emenda constitucional - a extinção da vantagem, decorrente da instituição do subsídio em "parcela única", a nenhum magistrado pode ter acarretado prejuízo financeiro indevido. 4. Por força do art. 65, inciso VIII, da LOMAN (LC 35/79), desde sua edição, o adicional cogitado estava limitado a 35% calculados sobre o vencimento e a representação mensal (LOMAN, Art. 65, § 1º), sendo que, em razão do teto constitucional primitivo estabelecido para todos os membros do Judiciário, nenhum deles poderia receber, a título de ATS, montante superior ao que percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal, com o mesmo tempo de serviço (cf. voto do Ministro Néri da Silveira, na ADIn 14, RTJ 130/475,483). 5. Se assim é - e dada a determinação do art. 8º da EC 41/03, de que, na apuração do "valor da maior remuneração atribuída por lei (...) a Ministro do Supremo Tribunal Federal", para fixar o teto conforme o novo art. 37, XI, da Constituição, ao vencimento e à representação do cargo, se somasse a "parcela recebida em razão do tempo de serviço" - é patente que, dessa apuração e da sua aplicação como teto dos subsídios ou proventos de todos os magistrados, não pode ter resultado prejuízo indevido no

tocante ao adicional questionado. 6. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela. 7. Se dessa forma se firmou quanto a normas infraconstitucionais, o mesmo se há de entender, no caso, em relação à emenda constitucional, na qual os preceitos impugnados, se efetivamente aboliram o adicional por tempo de serviço na remuneração dos magistrados e servidores pagos mediante subsídio, é que neste - o subsídio - foi absorvido o valor da vantagem. 8. Não procede, quanto ao ATS, a alegada ofensa ao princípio da isonomia, já que, para ser acolhida, a argüição pressuporia que a Constituição mesma tivesse erigido o maior ou menor tempo de serviço em fator compulsório do tratamento remuneratório dos servidores, o que não ocorre, pois o adicional correspondente não resulta da Constituição, que apenas o admite - mas, sim, de preceitos infraconstitucionais. V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da Lei nº 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos - modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a "cláusula pétrea" de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. 3. Os impetrantes - sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo

Tribunal Federal. VI. Mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal: questões de ordem decididas no sentido de não incidência, no caso, do disposto no artigo 205, parágrafo único e inciso II, do RISTF, que têm em vista hipótese de impedimento do Presidente do Supremo Tribunal, não ocorrente no caso concreto. 1. O disposto no parágrafo único do art. 205 do RISTF só se aplica ao Ministro-Presidente que tenha praticado o ato impugnado e não ao posterior ocupante da Presidência. 2. De outro lado, o inciso II do parágrafo único do art. 205 do RISTF prevê hipótese excepcional, qual seja, aquela em que, estando impedido o presidente do STF, porque autor do ato impugnado, o Tribunal funciona com número par, não sendo possível solver o empate.

Quanto ao Ministério Público do Rio Grande do Sul, em que pese este Conselho haver deferido, no processo 444/2006, o pagamento da parcela de irredutibilidade, a Comissão examinou os autos do processo e verificou que este Conselho cometeu um equívoco, ao deferir como proposto pelo Ilustre Relator. É que a parcela de irredutibilidade que foi assegurada até a absorção de futuros aumentos, nesse caso, não se refere à gratificação de 20% dos inativos, a única ressalvada pelo Egrégio STF, em face da estipulação do regime de subsídio e do limite constitucional ao teto remuneratório.

As decisões do STF nas quais o Ilustre Conselheiro se fundamentou, referem-se à proibição de decesso salarial de servidores, toda vez que ocorrer alteração de regime remuneratório. O decesso salarial é vedado, desde que observado o limite do teto constitucional, posto que o próprio STF já decidiu que não existe direito adquirido contra a CF, ainda que decorrente do poder derivado.

Assim sendo, como as decisões proferidas por este Conselho são de caráter administrativo, e o Conselho pode rever seus atos, desacolho a pretensão do Ministério Público do Rio Grande do Sul e outros, que estejam na mesma situação, listados acima, no particular, a partir desta data.

Quanto às gratificações constantes do art. 4º da Resolução nº 9, sou pelo acolhimento de seus pagamentos, limitados ao teto de R$ 22.111,25, no mês de outubro de 2006, em atendimento aos preceitos das Resoluções nºs 9 e 10/CNMP.

Já no período que medeia a liminar concedida por este Conselho nos autos do processo nº 561/2006-11, em 6 de novembro de 2006, e a publicação da medida liminar concedida pelo STF na ADIn nº 3.831/DF, em 1º de fevereiro de 2007, entendo que o teto constitucional a ser considerado é de R$ 24.500,00.

Passo a responder, pontualmente, as justificativas encaminhadas pelas unidades do Ministério Público que atenderam ao Ofício-Circular nº 4/2007:

Com relação à pretensão do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, valem as mesmas considerações acima feitas quanto à parcela de irredutibilidade.

Relativamente ao auxílio-educação, em razão de não ser pago generalizadamente, verifico caráter indenizatório no mesmo, e portanto acolho-o como imune ao teto constitucional.

Quanto ao ato do Procurador-Geral que estendeu os efeitos do mandado de segurança para membros que se encontravam na mesma situação, relativamente à percepção de gratificações, sou pelo pagamento, desde que respeitado o teto constitucional.

Com relação às razões expendidas pelo Ministério Público do Pará, penso que a Lei nº 6.794/05, ao estabelecer o subsídio, não poderia assegurar aos membros inativos do MP a opção de perceberem a remuneração superior ao subsídio. Estabelecido o valor do subsídio, o sistema remuneratório anterior desaparece, daí porque todo e qualquer pagamento de parcela que não se enquadre nas Resoluções desse Conselho deve ser afastado.

Sendo assim, desaparece também a verba denominada "tempo de guerra", instituída pela Lei nº 516/62.

Os esclarecimentos do Ministério Público do Sergipe são pertinentes, e se enquadram no posicionamento explicitado acima.

Relativamente ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, a Comissão examinou o processo nº 393/2006, da Relatoria do Conselheiro Hugo Cavalcanti, e constatou que a parcela de irredutibilidade contemplada refere-se a 20% de gratificação dos membros inativos, que se coaduna com a decisão do STF, do Ministro Sepúlveda Pertence.

Quanto ao "salário-família", entendo, com a instituição do subsídio, que o mesmo foi extinto, permanecendo o seu pagamento apenas aos servidores que recebam menos de um salário mínimo, nos termos da Emenda Constitucional nº 20.

Para gratificação de função devida a chefe de gabinete e coordenador da assessoria jurídica, a mesma fica limitada ao teto constitucional, com a ressalva do limite de R$ 24.500,00 no período acima indicado, de novembro de 2006 a 1º de fevereiro de 2007.

Relativamente ao Ministério Público do Estado de Alagoas, a rubrica "complemento constitucional" há de ser afastada após a substituição do subsídio.

No tocante ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a orientação que foi dada em sua justificativa está equivocada. O teto de R$ 24.500,00 só vale no

período indicado. Fora daí, o limite é de R$ 22.111,25.

Quanto ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, há que se observar que a adoção do teto de R$ 24.500,00 também só vale para o período acima indicado, e as vantagens extraordinárias, como hora-extra, et cetera, todas elas, só podem ser pagas aos servidores até o limite do teto constitucional, em consonância com as Resoluções deste Conselho, acima mencionadas.

No particular a esta unidade do Ministério Público, ressalvo aqui o recente julgamento do Conselho Nacional de Justiça, que na assentada de 05 de junho do presente, por meio do Procedimento de Controle Administrativo nº 442, deferiu o pagamento das verbas de gratificação trintenária e abono família pagos aos membros da Magistratura Estadual com supedâneo na Constituição Mineira.

No mencionado julgamento, entendeu o CNJ que a gratificação trintenária não se confunde com o Adicional de Tempo de Serviço, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Considerou aquele Conselho, ainda, o fato de a referida gratificação e o abono família estarem previstos na Constituição Estadual e em leis posteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Dessa feita, por não vislumbrar razões para que à Magistratura seja deferido tratamento diferenciado daquele dispensado ao Ministério Público - posição esta que será ainda melhor explicitada no decorrer deste voto -, entendo que o abono família e a gratificação trintenária devem ser mantidos no Ministério Público Mineiro, ficando seus valores congelados até a absorção por aumentos futuros do subsídio, sendo vedada a concessão de novas gratificações acima do teto constitucional àqueles que ainda não os percebam.

Tenho como razoáveis as explicações do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Com relação ao Ministério Público da Paraíba, as vantagens decorrentes do exercício de funções comissionadas devem ser pagas até o limite do teto constitucional.

Relativamente ao auxílio-saúde pago pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, mesmo após a adoção do sistema de subsídio, considero indevido, posto que não há embasamento constitucional para o pagamento da referida vantagem quando o servidor se afasta por motivo de doença. O benefício de plano de assistência médico-social nada tem a ver com o pagamento de auxílio-saúde, porque para gozar desse benefício, o servidor contribui.

Relativamente ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso, deve ser afastada a verba denominada "complementação" após a substituição do regime de subsídio, mantida a verba de representação para os ocupantes de cargos de Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral até o limite do teto constitucional.

Com relação ao salário-família pago pelo Ministério Público do Maranhão, valem as mesmas regras estabelecidas para o Ministério Público do Rio Grande do Norte. Os pagamentos de substituições devem ficar limitados ao teto constitucional.

Com relação ao Ministério Público do Paraná, devem ser excluídas as parcelas que considerou sujeitas à irredutibilidade, conforme acima fundamentado.

As explicações do Ministério Público do Acre também parecem razoáveis.

Relativamente ao Ministério Público do Estado do Tocantins, o abono instituído pela Lei nº 10.477/02 é transitório e portanto, tem caráter indenizatório, daí porque entendo razoáveis as explicitações daquela unidade do MP.

Quanto às explicações do Ministério Público do Estado de São Paulo, sou pelo acatamento das alegações de pagamentos retroativos feitos a cinco servidores no período analisado pela Comissão.

Quanto ao direito a perceber as verbas que ultrapassem o teto remuneratório a título da rubrica denominada "sexta-parte", filio-me à recente decisão do Conselho Nacional de Justiça, proferida na sessão do dia 5 de junho do presente, que reconheceu o mesmo direito aos Magistrados paulistas no Procedimento de Controle Administrativo nº 489, desde que o seu valor nominal fique congelado até que seja absorvido por futuros aumentos no valor do subsídio.

De acordo com o voto do Ilustre Conselheiro Alexandre de Moraes, o STF, após o advento da Constituição Federal de 1988, firmou o entendimento de que a natureza jurídica da sexta-parte "não caracteriza gratificação por tempo de serviço, mas melhoria de vencimento alcançada com implemento de condição temporal" (RE 219.740/SP, Rel. Min. Marco Aurélio), razão pela qual não foi absorvida pela parcela única do subsídio, criada com a EC 41/03, tal como ocorreu com o adicional por tempo de serviço que, por essa razão, não pode ultrapassar o valor do teto remuneratório constitucional.

O Eminente Conselheiro destacou em seu voto ainda que o pagamento da sexta-parte, prevista na Constituição Estadual de 1989 aos servidores que contam vinte anos de serviço público ou mais, é feito a todos os servidores públicos, indistintamente, sejam eles remunerados por meio de subsídio ou não, o que autoriza a aplicação do entendimento firmado no MS 24.875-1/DF, já mencionado, à sexta-parte, como garantia ao princípio da irredutibilidade dos subsídios, modalidade que é de direito adquirido.

Diante do quadro exposto, e das considerações supra, a Comissão de Controle Administrativo e Financeiro não detectou casos de ultrapassagem do teto constitucional nos Ministérios Públicos dos Estados do Ceará, Goiás, Minas Gerais, Piauí, Roraima, Sergipe, Ministério Público Federal, Ministério Público Militar e Ministério Público do Trabalho.

Por outro lado, as unidades do Ministério Público Nacional que apresentaram ao menos uma ocorrência fora do teto constitucional, no período analisado por esta Comissão, foram os Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Amapá, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Tocantins, São Paulo, Santa Catarina e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Com todas estas observações expendidas, sou para que seja determinado por este Conselho para que cada ramo do MP brasileiro adote uma sistemática de pagamento que propicie, com clareza, a identificação das rubricas que estão fora do teto constitucional, ou fora do subsídio até o seu limite, observando sempre as regras aqui estabelecidas. Cuida-se de providência de suma importância para evitar dúvidas quando houver a ocorrência de pagamentos atrasados ou indenização de férias, bem como outras verbas de caráter indenizatório, casos em que poderá acarretar a falsa aparência de ultrapassagem do teto constitucional.

No que se refere à definição do teto constitucional a ser seguido a partir da análise desta Comissão, sou pela extinção do subteto remuneratório dos Ministérios Públicos Estaduais, pelos mesmos motivos expendidos pela AMB e acolhidos pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.854/DF no tocante à Magistratura, sem perder de vista, como já registrado, as sucessivas movimentações sobre o assunto materializadas por este Conselho, ou seja, a Resolução nº 15, que extinguiu o subteto nos MPs dos Estados, alvo da ADI nº 3.831/DF, e a Resolução nº 17 que retornou o limite remuneratório nos Estados a R$ 22.111,25.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto proferido no julgamento da medida cautelar na ADI nº 3.831/DF, adotou os seguintes fundamentos para eliminar o subteto estadual no tocante à Magistratura, que passo a transcrever:

> *"É que não encontro nem concebo nenhuma razão lógico-jurídica suficiente para legitimar tal disparidade na disciplina de restrições que, impostas a certo conjunto de membros de um Poder, o qual é de caráter nacional e unitário, se graduam e distribuem segundo critério discretivo que lhe nega esse mesmo caráter, enquanto pressupõe, a respeito da matéria, clivagem própria de instituições simétricas e superpostas, mas de certo modo autônomas na economia constitucional da federação, como sucede aos Poderes Executivo e Legislativo, cujos agentes e servidores, situados nos níveis federais, estaduais e municipais, não estão, por isso, sujeitos a leis orgânicas de cunho nacional e unitário, nem, por conseguinte, a normas ou regimes uniformes de limitação da retribuição pecuniária. É esta, aliás, a pronta e cabal razão por que, a meu juízo, não aproveita ao caso o precedente definido no julgamento da*

ADI nº 3.831-MC *(Rel. Min.* **CÁRMEN LÚCIA***)."*

Vê-se, no texto decisório, que não existe possibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo de terem acesso à simetria vencimental, como no caso do Judiciário Federal e Estadual.

Entretanto, no caso específico do Ministério Público, penso ser inegável que a nova ordem constitucional de 1988 tenha conferido um perfil nacional e unitário a essa instituição, tal como ao Poder Judiciário, razão pela qual o tratamento diferenciado entre ambos fere o princípio da isonomia.

Como se não bastasse o necessário resguardo ao princípio da isonomia, a própria CF/88, no artigo 129, § 4º, determina que se aplica ao Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 93 da CF, que dispõe sobre os princípios da Lei Orgânica da Magistratura.

Nesse diapasão, não podemos perder de vista que o artigo 128 da CF confere caráter unitário ao Ministério Público, dividido entre os ramos do Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados apenas como forma de desconcentração de suas atividades, tal e qual a divisão existente no Judiciário Federal e Estadual. O constitucionalista José Afonso da Silva já discorreu sobre o tema em seus livros, cujos trechos a seguir foram transcritos de parecer que se encontra nos autos:

> *"O art. 128 quer dar conseqüência ao princípio da unidade do Ministério Público. Por isso, trata todos os Ministérios Públicos enumerados nos seus incisos e alíneas como se constituíssem uma instituição única, ao afirmar que 'O Ministério Público abrange[...]. Quer-se, com esse modo de dispor, significar que a instituição do Ministério Público abrange todos os Ministérios Públicos ali indicados.*
>
> *"Realmente, a pretensão da unidade nesse sentido já constava da exposição de motivos da Comissão elaboradora dos estudos e do anteprojeto da antiga Lei Orgânica do MP (Lei Complementar 40/81 e consagrado na atual: Lei 8.625, de 12.2.93), segundo a qual o Ministério Público é, em seus lineamentos básicos, uma só instituição, quer atue no plano federal, junto à justiça comum ou especial, quer no plano dos Estados, Distrito Federal e Territórios".*

Uma vez admitida a unidade do Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (art. 129, caput, da CF), insta revelar também o seu caráter nacional uma vez que se rege por estatuto próprio, qual seja, a Lei 8.625/1993. Nesse aspecto, José Afonso da Silva explica que o Ministério

Público está sujeito a:

> *"lei orgânica de cunho nacional e unitário (Lei 8.625/1993) que se vincula com a Lei Orgânica do Ministério Público da União por força de seu art. 80 que manda que as normas desta se apliquem ao Ministério Público dos Estados. Em verdade, com "a promulgação da Constituição de 1988, deu-se um novo perfil nacional [g. n.] ao Ministério Público, com um relevo que jamais tinha ocupado em nossa história constitucional.*
>
> *"O texto constitucional em vigor é fruto de longo crescimento da instituição, para o que muito contribuiu a antiga Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (ou seja, a anterior Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, título que hoje ostenta a Lei nº. 8.625/93), e, de maneira mais imediata, a atuação coesa dos Ministérios Públicos dos Estados, reunidos na Confederação Nacional do Ministério Público".*

Dessa forma, verifico que a propalada simetria entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, de há muito sabido pelos juristas, brota do próprio texto constitucional, de onde provém a unidade e a nacionalidade dessa instituição, quando:

a) o artigo 128 diz que o Ministério público abrange o Ministério Público da União (composto pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho e Militar) e os Ministérios Públicos dos Estados, e

b) o artigo 129, § 4º, dispõe que se aplica ao Ministério Público Nacional, no que couber, o Estatuto da Magistratura.

A confirmar o caráter nacional e unitário demonstrados acima, acrescente-se o fato de a Constituição Federal de 1988 conferir idêntica competência aos quatro ramos do Ministério Público da União e às unidades estaduais, qual seja "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (caput do art. 127)".

Por estas razões, entendo que, se ao Poder Judiciário não deve ser aplicado o subteto estadual, por respeito ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, CF), haja vista ser nacional e unitário, como reconhecido pelo STF, então o mesmo tratamento deve ser dispensado ao Ministério Público.

Ademais, nesse momento de grande importância para o Ministério Público Nacional, quando se discute a paridade vencimental com o Poder Judiciário, o que diz respeito direito às garantias e prerrogativas de seus membros, não posso deixar de reconhecer que a instituição ministerial se desenvolveu lado a lado com o Poder

Judiciário.

A doutrina reconhece a origem do Ministério Público na França, a partir dos estudos de Faulstin Hélie e Esmein. A ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, o Belo, rei da França, foi o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei. Já nessa Ordenança, Felipe impôs a seus procuradores, antes de tudo, que prestassem o mesmo juramento dos juízes, vedando-lhes patrocinarem outros que não o rei.

A partir de então, os procuradores do rei adquiriram a condição de magistrados e tiveram assento sobre o estrado, na sala de audiências, ao lado dos juízes, passando a ser conhecidos pela expressão *magistrature débout* (magistratura de pé), em contraposição à *magistrature assise* (magistratura sentada), expressão reservada aos juízes.

Antes deste reconhecimento, por nós herdado - como se pode perceber da disposição dos assentos destinados aos membros do Ministério Público e da Magistratura nas salas de audiência e nos órgãos de julgamento colegiado de todo o país -, os procuradores do rei tiveram inicialmente assento sobre o assoalho *(parquet)*, daí porque, até os dias de hoje, costuma-se denominar o Ministério Público de *parquet* ou *magistrature assise*.

Recordando também as raízes lusitanas do Ministério Público Nacional, alguns autores buscam as origens do Ministério Público ainda antes das Ordenações Manuelinas de 1514. Hugo Nigro Mazzilli aponta que "Em 14-1-1289, sob o reinado de D. Afonso III, o cargo de procurador da Coroa assume o caráter de permanência, justamente na época em que, na Europa, se constituíam os tribunais regulares". E conclui: "Conjuntamente com esses tribunais é que se formou o Ministério Público".

Destarte, não há como fechar os olhos para a paridade que deve existir entre as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público e da Magistratura Nacionais, tanto pelas disposições da Constituição Federal de 1988 como pela história da origem e formação do Ministério Público enquanto instituição jurídica.

No caso particular do nosso país, o Ministério Público desempenha suas funções com transparência e bravura perante os juízos e tribunais pátrios, seja provocando a jurisdição em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, seja atuando como fiscal da lei, de modo a engrandecer o Brasil como nação democrática e Estado de Direito.

No desempenho dessas funções, junto ao Poder Judiciário, o Ministério Público age em defesa do patrimônio cultural, ambiental, da probidade na administração pública, dos índios, órfãos, da família, do combate à criminalidade, dentre outros, razão também pela qual deve e necessita gozar das mesmas garantias e prerrogativas

dos juízes.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de que este Conselho Nacional do Ministério Público determine:

1. A implementação do teto remuneratório equivalente ao subsídio de Ministro do STF para todo o Ministério Público Brasileiro, no valor de R$ 24.500,00 a partir da conclusão deste julgamento;

2. Sejam extirpadas dos valores pagos sob as rubricas "complementação constitucional", "parcela de irredutibilidade" e qualquer outra que se reporte ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos todo e qualquer valor que não diga respeito ao benefício do aumento de 20% sobre a remuneração da aposentadoria, conforme o entendimento do STF no Mandado de Segurança nº 24.875/DF; à sexta-parte, no Ministério Público do Estado de São Paulo, prevista no artigo 183 da Lei Orgânica do Ministério Público e na Constituição Estadual; e à gratificação trintenária e abono família pagos pelo Ministério Público de Minas Gerais, pelas razões contidas nos PCAs nºs 489 e 442, do CNJ, às quais me filio; mantidos esses benefícios para os que já os recebem, ficando seus valores congelados se ultrapassarem o teto constitucional, sendo vedada a concessão desses benefícios acima do limite constitucional a membros ou servidores que ainda não os percebam;

3. A redução imediata dos valores pagos aos membros e servidores do Ministério Público Nacional aos limites fixados nesta decisão para o cômputo de subsídios e vencimentos e, em qualquer caso, o limite constitucional R$ 24.500,00, computadas neste valor o subsídio e quaisquer gratificações, inclusive as decisões judiciais proferidas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, ressalvadas apenas as parcelas que não se sujeitam ao limite constitucional constantes das Resoluções nºs 09 e 10/CNMP, a gratificação de 20% em decorrência da passagem para a inatividade, a "sexta-parte" no Estado de São Paulo, a gratificação trintenária e o abono família no Ministério Público de Minas Gerais; e

4. Para os Estados que ainda não fixaram os subsídios, no caso Rio Grande do Sul e São Paulo, ficam preservados os adicionais de tempo de serviço, limitados ao patamar de sete quinquênios, que, somados com todas as parcelas que compõem os vencimentos, não poderão ultrapassar o limite do teto constitucional do item 1.

5. Que as fichas financeiras e folhas de pagamentos de todas as unidades do Ministério Público sejam consubstanciadas em documento único e indiquem de forma clara e inteligível as rubricas, discriminando com clareza o período a que se referem os pagamentos de caráter retroativo, bem como a base legal de cada uma delas, visando evitar entendimento de ultrapassagem do limite constitucional.

Relativamente à possibilidade, ou não, de que seja determinada a devolução de valores pagos acima do teto constitucional, voto no sentido de admitir os pagamentos efetuados até esta data, por considerá-los efetivados com base em normas legais e/ou tutelas judiciais que os fundamentaram.

É o voto.

Brasília, 20 de junho de 2007.

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA
Relator

Controle Administrativo e Financeiro.
Conversão de licença-prêmio e férias em pecúnia. Possibilidade.

PROCESSO Nº 0.00.000.000652/2006-48
RELATOR: CONSELHEIRO SANDRO JOSE NEIS
INTERESSADO: SANDRA LIA SIMON
OBJETO: Conversão em pecúnia de licença-prêmio e férias não gozadas.

EMENTA

Consulta. Possibilidade de conversão em pecúnia de licença-prêmio e férias não gozadas, em virtude de aposentadoria ou outra causa de extinção do vinculo funcional. Verba de natureza indenizatória decorrente do art. 37, § 6°, da Constituição da República. Precedentes do STF e STJ. Direito inequívoco. Desnecessidade de determinação judicial. Consulta conhecida e respondida positivamente. Desnecessidade de expedição de Resolução, por se tratar de matéria decorrente diretamente da Constituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, em responder a consulta positivamente nos termos do voto divergente do Conselheiro Sandro Neis, vencidos o Relator, e os Conselheiros Nicolao Dino, Ivana Santos e Paulo Barata. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Ernando Uchoa.

Brasília, 01 de outubro de 2007.

SANDRO JOSÉ NEIS
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Procuradora-Geral do Trabalho, por intermédio da qual busca o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a possibilidade de conversão em pecúnia de férias e licença-prêmio não usufruídas por membros e servidores do Ministério Público da União, quando de sua aposentadoria ou extinção de vínculo funcional.

A Consulente ressaltou a existência de previsão legal de conversão de licença-prêmio em pecúnia somente em caso de falecimento (art. 222 da Lei Complementar nº 75/93 e art. 7º da Lei nº 9.527/97) e requereu a expedição de Resolução regulamentando a matéria, a exemplo do que ocorrera no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 23/2006).

Às fls. 22/28, as Associações dos Procuradores do Trabalho (ANPT), do Ministério Público Militar (ANMPM) e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMPDFT) requereram suas admissões, no feito, na condição de interessadas e a procedência da consulta, sustentando a admissibilidade da conversão em pecúnia de férias e licença-prêmio não usufruídas durante o vínculo laboral.

O Relator original, Conselheiro Raimundo Nonato de Carvalho Filho, votou no sentido de responder negativamente a consulta formulada (fls. 42/44), sob o argumento, em síntese, de que o pagamento, a título de indenização, de férias e licença-prêmio não gozadas só é possível quando previsto em Lei.

Divergindo, *data máxima venia*, dos argumentos expostos pelo Doutor Relator, pedi vista dos Autos, para formular as razões do meu convencimento discordante.

É o relatório.

VOTO DE VISTA

Versam os presentes Autos sobre consulta formulada pela Procuradora-Geral do Trabalho acerca da possibilidade de se converter em pecúnia férias e licença-prêmio não desfrutadas durante o vínculo funcional de membros e servidores do Ministério Público da União.

Inicialmente, cumpre consignar que a Lei Complementar nº 75/93, ao tratar da conversão de férias e licenças-prêmio em pecúnia, assim estabeleceu:

> *Art. 220. Os membros do Ministério Público terão direito a férias de sessenta dias por ano, contínuos ou divididos em dois períodos iguais, salvo acúmulo por necessidade de serviço e*

pelo máximo de dois anos.

[...]

§ 4°. Em caso de exoneração, será devida ao membro do Ministério Público da União indenização relativa ao período de férias a que tiver direito e ao incompleto, na proporção de um doze avos por mês de base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório.

Art. 222. Conceder-se-á aos membros do Ministério Público da União licença:

[...]

III - prêmio por tempo de serviço;

[...]

§ 3°. A licença prevista no inciso III será devida após cada quinquênio ininterrupto de exercício, pelo prazo de três meses, observadas as seguintes condições:

a) será convertida em pecúnia em favor dos beneficiários do membro do Ministério Público da União falecidos, que não a tiver gozado.

Como se pode auferir pela leitura dos dispositivos legais acima transcritos, a LC nº 75/93 prevê a incorporação aos patrimônios jurídicos dos beneficiários o direito à fruição de férias e licença-prêmio, tendo, igualmente, previsto o direito à conversão, para o caso de não terem eles as gozado durante o período em que mantiveram vínculo com o Ministério Público da União.

Ocorre que a mencionada Lei Complementar somente previu o direito à conversão nos casos de falecimento, em relação à licença-prêmio, e de exoneração, quanto às férias, nada mencionando sobre o desligamento em razão de aposentadoria.

Este, então, é o alvo da consulta formulada: a possibilidade de extensão da aludida conversão em pecúnia, quando da ocorrência de aposentadoria ou outra forma de desligamento da Instituição, que não seja o falecimento (licença-prêmio) ou exoneração (férias).

Acerca da natureza jurídica da conversão em pecúnia, das férias e licenças não usufruídas pelo servidor público quando de sua atividade, é pacífico o entendimento de que, à luz do disposto no artigo 37, § 6°, da Constituição da República, trata-se de verdadeira indenização pelos serviços prestados à Administração Pública, a qual não pode se enriquecer indevidamente, devendo, portanto, ser responsabilizada objetivamente.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

ADMNISTRATIVO. INDENIZAÇÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA POR NECESSIDADE DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. QUESTIONAMENTO ACERCA DO NEXO DE CAUSALIDADE.

IMPOSSIBILIDADE.

1. O Pleno desta Corte, com base na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, firmou exegese segundo a qual é devida a indenização ao servidor de benefício não gozado por interesse do serviço. Precedentes. [...]. Agravo regimental provido[1]*. (destacamos).*

No mesmo percurso, é o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. SERVIDOR APOSENTADO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. [...] É devido o pagamento de férias convertidas em pecúnia em virtude da aposentadoria do servidor, face à natureza indenizatória de tais verbas. Enriquecimento ilícito da Administração que não se admite. Precedentes.

[...][2]

E:

TRIBUTÁRIO. IRPF. FÉRIAS, LICENÇA-PRÊMIO E ABONO CONVERTIDOS EM PECÚNIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE TRIBUTO. SÚMULAS 125 E 136 DO STJ.

1. O pagamento em espécie de férias, licença-prêmio e abono, quando da aposentadoria do empregado, tem natureza indenizatória não sofrendo a incidência de imposto de renda.

2. Presume-se a necessidade do serviço porque incumbe ao empregador estabelecer o momento em que tais vantagens possam ser efetivamente gozadas.

3. Recurso especial conhecido e provido[3]*.*

Assim, não há dúvida de que a conversão em valor pecuniário das férias e licenças não gozadas possui caráter indenizatório, devendo, no caso, por se tratar de responsabilidade do Estado, ser considerada como responsabilidade Civil objetiva, nos exatos termos do art. 37, § 6°, da Constituição:

Art. 37. [...]

[...]

§ 6°. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços

1 AgRg no RE n. 234.093/RJ, 2ª Turma, Tel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15.10.1999, p. 11.
2 Quinta Turma: REsp. nº 273.799/SC, Rel. Min. Edsori Vidigal. DJ 4.12.2000.
3 Segunda Turma, REsp nº 285.858/SP, Relator Min. Francisco Peçanha, DJ 22.9.2003

públicos responderão pelos danos causados que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, tem-se a doutrina de Alexandre de Moraes:

> *A Constituição Federal prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência de dano. Ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal* [4].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, igualmente, assevera que:

> *Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito (contrário à lei), no direito administrativo ela pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.*

Pode-se, portanto, dizer que **a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos** [5].

Ao discorrer sobre a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade civil do Poder Público, assentou o Supremo Tribunal Federal:

> *A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa,*

4 Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 346.

5 Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 617-618.

por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-lo pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ***eventus damni*** *e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal* [6].

Verifica-se, portanto, que, para responsabilização objetiva da pessoa jurídica, exige-se a ocorrência dos seguintes requisitos:

a) ocorrência de dano: está flagrantemente demonstrada a ocorrência de dano, porquanto o servidor ou membro que, em tese, não goza os benefícios estatutários se vê prejudicado no seu patrimônio jurídico, dando causa a enriquecimento ilícito à Administração Pública, que é beneficiada diretamente pela sua ação ou omissão;

b) ação ou omissão administrativa: a Administração Pública, ao negar (ação) ou ao não determinar (omissão), segundo a sua política de recursos humanos, o gozo das férias ou da licença-prêmio, interfere diretamente na fruição dos direitos estatutários respectivos;

c) existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa: refere-se ao vínculo estabelecido entre a conduta (ação ou omissão) do agente público e o resultado por ele obtido. Nesse sentido, para verificação da existência de nexo de causalidade, como ensinam os doutrinadores do Direito Penal, basta utilizar o juízo hipotético de eliminação, ou seja, eliminar determinada ação ou omissão do contexto e, se ainda assim o resultado se produzisse, não seria ele causa de resultado ou não haveria nexo de causalidade. Na presente matéria, a ação de negar o gozo de benefício ou a omissão de não determinar a fruição do direito de férias ou da licença-prêmio durante o vínculo funcional está diretamente relacionada ao resultado concreto, qual seja, o enriquecimento indevido do Estado em prejuízo do agente público;

d) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva: tal requisito está plenamente configurado, porquanto a ação de negar ou a omissão em determinar o gozo das férias e da licença-prêmio emana da autoridade

6 STF: 1ª Turma: RE 10915-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j.28.5.1996, DJU 2.8.1996

administrativa, haja vista que os agentes públicos somente podem usufruir tais benefícios com autorização (no caso de deferimento do pedido) ou determinação (em caso de definição de escala imposta pela Administração, segundo os seus critérios) do agente público que possui atribuição de gerir a instituição, qual seja, os respectivos Procuradores-Gerais; e

e) a ausência de causa excludente de responsabilidade estatal: a responsabilidade objetiva do Estado não é absoluta, podendo ser mitigada, ou até mesmo excluída em casos excepcionais, como nas hipóteses de força maior e caso fortuito, o que, por todo evidente, não é o caso.

Portanto, considerando que, no caso, trata-se de responsabilidade civil objetiva do Estado, não posso concordar com a tese de ausência de previsão legal específica que permita a conversão em pecúnia, no caso de aposentadoria, uma vez que decorrente diretamente de comando constitucional (art. 37, § 6º), o que é suficiente para aferição do direito por parte dos servidores ou dos membros do Ministério Público.

Aliás, vale ressaltar que, ao discutirmos a indenização propriamente dita, não estamos tratando de matéria estatutária, a qual, aí sim, diante do princípio da reserva legal, exige prévia definição por lei. Na hipótese vertente, as Leis Orgânicas, obedecendo à reserva legal, estabeleceram o direito ao gozo de férias e licença-prêmio, que, segundo os termos da indagação proposta pelo Consulente, por omissão ou ação da Administração, não foram efetivamente usufruídas, todavia constituem-se em patrimônio jurídico do agente público, que não pode simplesmente desaparecer do mundo jurídico diante da extinção do vínculo funcional.

Ademais, ressalte-se que o fato de o Poder Público conceder diretamente um direito (indenização) ao administrado não ofende o princípio da legalidade, visto que há disposição explícita na Constituição regendo a matéria (art. 37, § 6º).

Com efeito, o princípio de legalidade não se restringe às hipóteses em que administrador público age de acordo com o que a lei (***stricto sensu***) determina, mas que ele haja em obediência a algum comando normativo, de qualquer espécie, notadamente se for ele de índole constitucional.

Ao discorrer sobre a abrangência do princípio da legalidade incidente na atuação administrativa, Odete Medauar salientou que:

> *Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública.*
>
> *[...]*
>
> *Embora permaneçam o sentido de poder objetivado pela submissão da Administração à legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na*

idéia genérica da legalidade.

[...] buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei , formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1°, caput, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. [...]

O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado, com o sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento. A Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento.[7]

No mesmo percurso, seguem as colocações de Alexandre de Moraes:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5°, inciso II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o, administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas [...][8]

Acerca da desnecessidade da existência de previsão legal expressa para indenização em virtude das férias e licença-prêmio não desfrutadas, segue precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. [...] CONVERSÃO EM PECÚNIA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. DIREITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SUPREMA CORTE.

[...]

2. A conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas, em razão do interesse público, independe de previsão legal, uma vez que esse direito está calcado na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, e não no art. 159 do

7 Direito administrativo moderno. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 121-123.
8 Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 816.

Código Civil, que prevê a responsabilidade subjetiva. Precedentes do STF.

3. É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte.

4. Recurso especial conhecido e desprovido[9] *.*

E:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇAS-PRÊMIO NÃO GOZADAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. PREVISÃO LEGAL EXPRESSA. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO.

[...]

2. A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas, em razão do interesse público, tampouco contadas em dobro para fins de contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria, avanços ou adicionais, independe de previsão legal expressa, sendo certo que tal entendimento está fundado na Responsabilidade Objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6°, da Constituição Federal, e no Princípio que veda o enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido[10]*.*

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a conversão em pecúnia das licenças-prêmio disciplinadas na Lei Complementar nº 75/93, assentou que:

ADMINISTRATIVO. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.

I - A Lei Complementar n° 75/93 não disciplinou a hipótese de conversão em pecúnia das licenças-prêmio não-usufruídas e não-contadas em dobro, por ocasião da aposentadoria. Contudo, seu art. 287 determina a aplicação subsidiária das normas gerais referentes aos servidores públicos.

9 STJ: 5ª Turma: REsp 631.858-SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15.3.2007, DJ 23.4.2007, p. 291.
10 STJ: ª Turma: REsp 693.728-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 8.3.2005, DJ 11.4.2005, p. 374

II - Esta Corte, apreciando as disposições insertas no art. 87, § 2° na Lei n° 8.112/90, em sua redação original, cujo teor e semelhante ao disposto no art. 222, inciso III, § 3°, alínea "a", tem proclamado que há direito a conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.

III - Foge à razoabilidade jurídica que o servidor seja tolhido de receber a compensação pelo não-exercício de um direito que incorpora ao seu patrimônio funcional e, de outra parte, permitir que tal retribuição seja paga aos herdeiros, no caso de morte do funcionário.

Recurso não conhecido.[11] *(grifo nosso).*

Portanto, não há se falar, no caso, de ofensa ao princípio da legalidade pela inexistência de legislação que autorize à Administração indenizar diretamente seu ex-membro ou servidor, visto que seu ato encontra embasamento constitucional (art. 37, § 6°), consoante reiterado reconhecimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, registre-se que o direito à indenização não ocorre somente quando as férias e às licenças não foram gozadas por necessidade do serviço mas também quando não foram usufruídas por iniciativa do servidor, pois, neste caso, no mínimo, houve omissão por parte da Administração Pública, devendo, portanto, arcar com as consequências da má gestão do seu setor de recursos humanos, sob pena de enriquecimento ilícito.

A propósito, sobre o tema assim se pronunciou o STJ:

TRIBUTO. IMPOSTO DE RENDA. FÉRIAS CONSTITUCIONAL. NÃO-GOZADAS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que a pecúnia percebida a título de férias vencidas – simples ou proporcionais – acrescidas de 1/3 (um terço) constitucional não-gozadas por necessidade ou mesmo por opção do servidor não é fato gerador de imposto de renda, em virtude do caráter indenizatório dos aludidos valores.

11 *STJ: 5ª Turma: REsp 556.100/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 8.2.2004*

2. Recurso Especial conhecido e provido. (destacamos)[12]

Assim, por se tratar de responsabilidade objetiva, fazem jus não apenas os que não usufruíram seu direito por interesse do serviço, mas, também, todos aqueles que não os gozaram por interesse particular, pois, nesses casos, a Administração Pública foi, no mínimo, conivente e/ou negligente, devendo, portanto, indenizar o ex-servidor ou membro da Instituição.

Ressalte-se, ainda, que, em caso análogo (Pedido de Providências nº 759/CNJ), o Conselho Nacional de Justiça respondeu positivamente a uma consulta formulada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, reconhecendo aos magistrados o direito à conversão, em pecúnia, das férias não usufruídas quando da aposentadoria.

Do corpo do acórdão extraem-se as seguintes passagens que se enquadram na hipótese apreciada nestes Autos:

> *Confrontando pagamento de indenização por férias não gozadas com a inviabilidade do pagamento, para magistrados, de verbas outras além daquelas expressamente previstas no art. 65 da Loman, como reiteradamente tem decidido o STF, por ausência expressa de previsão na lei orgânica, tenho que o enfoque da questão deve ser outro, orientado pela razão de que de verba remuneratória não se trata. Como não importa em acréscimo patrimonial de qualquer natureza, não pode ser tida como renda ou contraprestação pelo trabalho.*
>
> *Em decorrência, não sendo espécie remuneratória, o pagamento da referida indenização não pode ser alcançada ou compreendida na Expressão "as seguintes vantagens", contida no Caput do art. 65 da Loman e que precede o elenco exaustivo dos seus incisos. [...]*
>
> *No mesmo ponto chegaremos se examinada a questão sob o prisma do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, vedação essa que também alcança a Administração. E o não gozo de férias regulares nada mais é do que um prejuízo imposto ao magistrado que se vê, por exigência do interesse público, impedido de fruir um direito que lhe é assegurado. A reposição do prejuízo pode-se dar pelo gozo posterior ou pela indenização pecuniária, alternativas que por um ou outro meio restabelecem a integridade patrimonial mitigada.*
>
> *[...]*

12 *STJ; REsp nº 771.218/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha. J. 4.4.2006*

Ao tratar do tema relativamente às férias dos administradores e dos magistrados que integram colegiados de férias, a lei orgânica admitiu o fracionamento em dois períodos de 30 dias por semestre e a acumulação até dois meses (art. 67). Entendendo aplicável esse limite de acumulação a todos os magistrados ativos, pois que de férias individuais estamos tratando, é forçoso concluir que o direito a indenização de períodos além de dois meses não usufruídos se afigura cristalino a todos os magistrados em atividade, sob pena de grave ofensa aos postulados da isonomia e da impessoalidade, dois dos principais princípios que devem nortear a administração pública. O prejuízo que cada um experimenta no caso, é fato objetivo decorrente de ação administrativa motivada pelo interesse público. E se assim é, como dito alhures, a reparação deve se impor como medida de justiça, evitando o enriquecimento sem causa do Estado. [...][13]

Ademais, o mencionado Acórdão do CNJ fez referência ao Expediente Avulso nº 01/SEMAG-SRH-2002 e ao Processo Administrativo P.STJ 1938/2006, nos quais o Superior Tribunal de Justiça reconheceu administrativamente o direito ao pagamento de indenização pelo período de férias não desfrutadas pelos então Ministros Paulo Costa Leite e Edson Vidigal.

Logo, comprovando-se que o servidor ou membro do Ministério Público se aposentou ou foi exonerado, sem que lhe fosse propiciada a fruição de férias e licenças-prêmio, ou seja, direitos já adquiridos, compete a Administração do Ministério Público, independentemente de determinação judicial, indenizar aqueles, por se tratar de inequívoco direito decorrente do art. 37, § 6°, da Constituição da República, sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público.

Não me parece correto impedir a conversão em pecúnia de forma administrativa se, reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm reconhecendo como legítima e legal tal conversão.

Acerca da possibilidade de reparação do dano, independentemente de reconhecimento judicial, extrai-se da doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"A reparação de danos causados a terceiros pode ser feita no ***âmbito administrativo****, desde que a Administração reconheça desde logo a sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização* [14]*".*

13 CNJ: Pedido de Providências nº 759. Rel. Conselheiro Paulo Schmidt. J. em 26.9.2006.
14 Direito Administrativo. 19ª ed, São Paulo: Atlas, 2006. p. 630.

Perfilhando da mesma linha de raciocínio, têm as ponderações de Hely Lopes Meirelles:

> *A reparação de danos causados pela Administração a terceiros obtêm-se amigavelmente ou por meio da ação de indenização, e, uma vez indenizada a lesão da vítima, fica a entidade pública com o direito de voltar-se contra o servidor culpado para haver dele o despendido, através de ação regressiva autorizada pelo § 6° do art. 37 da CF. (destacamos)*[15].

Por fim, o Tribunal de Contas da União, ao responder a uma consulta formulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, assim se pronunciou:

> *Consulta encaminhada pelo então Presidente do TST sobre procedimentos relativos à indenização a terceiros de danos causados por agentes públicos nessa condição. Conhecimento. Resposta de que a aludida indenização pode se dar judicialmente, em cumprimento de sentença confirmada em segunda instância; e administrativamente, por meio de processo administrativo devidamente constituído para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação dos danos efetivamente comprovados, desde que haja dotação orçamentária apropriada, respeitados os princípios orçamentários constitucionais e as regras e limites da legislação específica, em especial aqueles inseridos na Lei do Orçamento Anual, devendo a Administração, em ambas as hipóteses, buscar a reparação do valor indenizatório pago mediante regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa, apurados por intermédio de sindicância ou processo administrativo. Encaminhamento de cópia da Decisão, Relatório e Voto ao Presidente do TST. Arquivamento.*[16]

Cumpre ainda consignar que a questão jurídica não merece aplicação diferenciada no âmbito dos demais ramos do Ministério Público da União e no Ministério Público dos Estados, porquanto, conforme já salientado, a matéria não envolve direito estatutário, derivando, contudo, de comando constitucional aplicável em qualquer hipótese de responsabilização objetiva do Estado, o qual se encontra impedido de enriquecer sem causa ou às custas dos prejuízos dos seus servidores ou agentes políticos.

Por outro lado, vejo como desnecessária a edição de resolução para regulamentar a matéria, por entender que o comando extraído do art. 37, § 6°, da Constituição já é o suficiente para solucionar a hipótese aqui apreciada.

15 Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 564/566.
16 TCU: TC-007.425/2000-3. Rel. Min. Guilherme Palmeira. J. 24.1.2001.

Ante o exposto, voto no sentido de:

a) responder **positivamente** à consulta formulada pela Procuradora-Geral do Ministério Público do Trabalho, estendendo os efeitos da indagação a todo o Ministério Público brasileiro, afirmando ser possível a conversão em pecúnia de licença-prêmio e férias não usufruídas por membros e servidores do Ministério Público quando de sua aposentadoria ou de extinção do seu vínculo funcional com a instituição, visto que se trata de verba indenizatória decorrente do art. 37, § 6°, da Constituição da República, não necessitando, portanto, recorrerem ao Poder Judiciário para ver seu direito reconhecido; e

b) não ser editada resolução regulamentando a matéria, por entender desnecessária.

É como voto.

Brasília, 3 de setembro de 2007.

SANDRO JOSÉ NEIS
Relator

AFASTAMENTO DO MEMBRO DO MP PARA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS.
Critérios.

PROCESSO Nº 0.00.000.000021/2009-71
RELATORA: CONSELHEIRA IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS
INTERESSADA: CLAUDIO HENRIQUE DA CRUZ VIANNA E OUTROS
OBJETO: AFASTAMENTO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ESTUDOS.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. AFASTAMENTO PARA ESTUDOS. ATO DISCRICIONÁRIO. CONCESSÃO COM CONDICIONAMENTOS. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. A concessão de afastamento para estudos por membros do Ministério Público é ato discricionário da Administração, que em razão de oportunidade e conveniência pode estipular critérios para a concessão.Precedente.

2. Não há usurpação de competência do Procurador-Geral de Justiça em o Conselho Superior do MPRJ condicionar afastamento à utilização de férias e licença especial, se quem executa a medida é aquele que possui a competência.

3. A mudança posterior de entendimento, por parte do Conselho Superior do MPRJ não pode levar a invalidade dos atos anteriormente praticados, pois conveniência e oportunidade são circunstâncias que podem ensejar alteração em atos administrativos posteriores.

4. Improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, à unanimidade, em , julgar improcedente os pedidos e determinar o arquivamento dos autos, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 28 de abril de 2009.

IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento de controle administrativo instaurado por iniciativa de Cláudio Henrique da Cruz Vianna, Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro, requerendo a "anulação do condicionamento que foi feito ao Promotor de Justiça requerente, qual seja, o uso de férias e licença especial para o gozo do afastamento que foi, na verdade, deferido pelo E. Conselho [Superior do MP/RJ], reconhecendo-se que os períodos gozados foram de afastamento (e não de férias e licença especial), devolvendo-se aos assentamentos funcionais do requerente os dois períodos de férias e um período de licença especial".

Alega o requerente que, em 13 de maio de 2003, peticionou ao Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (CSMP/RJ), requerendo o seu afastamento do cargo pelo prazo de 3 (três) meses - de setembro a novembro de 2003 - para concluir tese de doutorado cursado na Universidad del Museo Social Argentino, conforme o art. 104, §4°, da Lei Complementar Estadual 106/2003[1].

Aduz que, em 13/06/2003, o CSMP/RJ deferiu o afastamento pleiteado, todavia o condicionando à utilização de férias e licença especial. Após concluir o doutoramento, da forma como estipulada pelo CSMP/RJ, em 14/01/2008, o requerente formulou requerimento ao Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, postulando a anulação do condicionamento efetuado pelo CSMP/RJ. Tal pedido foi apreciado em 24/04/2008, pelo CSMP/RJ, que o indeferiu. Assim, em 09/01/2009, formulou neste CNMP o presente procedimento de controle administrativo.

Sustenta a ilegalidade da decisão por três argumentos: 1. usurpação da competência do Procurador-Geral de Justiça por parte do CSMP/RJ, porquanto apenas aquele pode conceder férias e licença especial; 2. o reconhecimento da oportunidade e conveniência do afastamento do requerente, pelo CSMP/RJ, não poderia o levar a impor condições para a sua fruição; e 3. a posterior mudança de posicionamento do CSMP/RJ quanto aos afastamentos, no sentido de que esses se dariam independentemente da utilização de férias e licenças especiais.

Distribuídos os autos, determinei a oitiva do Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro e a publicação de edital de notificação, facultando manifestação a eventuais interessados.

Às fls. 81/82, o PGJ se manifestou, relatando os acontecimentos e juntando

1 Art. 104 (...)

§ 4.° - Ainda que 0 membro do Ministério Público tenha permanecido 2 (dois) anos afastado para a frequência de curso no exterior, ser-lhe-á assegurado, em comprovando a necessidade, um período suplementar de afastamento, a ser fixado pelo Conselho Superior, imprescindível para a defesa da tese ou dissertação.

a ata do CSMP/RJ que deferiu o afastamento ao requerente o condicionando à utilização de férias e licença especial, bem como o voto proferido naquele Órgão Superior da Administração do Parquet carioca, no sentido do indeferimento da pretensão do requerente de anular o condicionamento levado a cabo anteriormente. Fez juntar aos autos ainda parecer da lavra do i. Dr. José dos Santos Carvalho Filho, rechaçando os argumentos da pretensão do requerente, inclusive consignando a concordância do requerente quanto ao afastamento condicionado à utilização dos períodos de férias e licença especial.

Posteriormente, me foram distribuídos, por conexão, os processos 22/2009-16 e 146/2009-00, os quais tratam de idêntica matéria de direito pelo que, após o cumprimento das disposições regimentais sobre o seu processamento, determinei o apensamento dos autos, para que esta decisão se estenda aos demais.

Em breve síntese, é o relatório.

VOTO

Trata-se procedimento de controle administrativo em que é questionada a legalidade de ato do Conselho Superior do MPRJ, que deferiu afastamento ao requerente para a conclusão de tese de doutorado, o condicionando ao uso de férias e licença especial.

A ilegalidade foi sustentada com base em três argumentos: 1. usurpação da competência do Procurador-Geral de Justiça por parte do CSMP/ RJ, porquanto apenas aquele pode conceder férias e licença especial; 2. o reconhecimento da oportunidade e conveniência do afastamento do requerente, pelo CSMP/RJ, não poderia o levar a impor condições para a sua fruição; e 3. a posterior mudança de posicionamento do CSMP/ RJ quanto aos afastamentos, no sentido de que esses se dariam independentemente da utilização de férias e licenças especiais.

Entretanto, penso que melhor sorte não resta ao requerente. Vejamos o porquê.

O Conselho Superior do Ministério Público ao analisar requerimento de afastamento para conclusão do término de doutorado pelo requerente o deferiu com a condição de que fossem utilizados os períodos de férias e de licença especial. Com tal condição, o requerente expressou concordância, consignada na Ata da 563ª Reunião Ordinária do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, realizada em 6 de junho de 2003 (fls. 84), no seguinte sentido: "Após a proclamação do resultado, o Exmo. Sr. Secretário solicitou que o Dr. Cláudio Henrique da Cruz Viana oferecesse, de público, os períodos de férias e licenças, **sendo confirmado oralmente pelo Requerente".**

Dessa forma, fica evidente que o requerente expressamente assentiu com as imposições feitas pelo Conselho Superior do MPRJ, não podendo agora alegar ilegalidade de algo que concordou sob pena de se admitir princípio vedado em Direito, qual seja, ninguém pode alegar a própria torpeza a seu favor.

Ademais, as condições impostas pelo Conselho Superior do MPRJ não foram resultado de mero capricho por parte daquele órgão, senão em razão de circunstâncias fáticas tal qual exposto pelo eminente Dr. Maurício Assayag ao final daquele julgamento e que assim ficou registrado em Ata (fls. 84): "O Exmo. Sr. Presidente concedeu a palavra ao Exmo. Dr. Maurício Assayag, que informou que o quadro de movimentação era caótico e não tinham condições de perder nenhum Promotor de Justiça ou iria prejudicar o serviço prestado à população, solicitando que cada Conselheiro refletisse sobre qualquer afastamento de membro do Ministério Público".

Também não há falar em usurpação de competência do Procurador-Geral de Justiça pelo Conselho Superior do MPRJ, isso porque, ainda que o condicionamento tenha sido feito por este órgão da Administração do *Parquet*, a efetiva concessão dos períodos de férias e licença especial foi executada pelo primeiro. Nesse sentido, o próprio requerente confirma essa situação ao assim dispor em sua representação: "Deve-se registrar por oportuno, que apesar de anômalo 'afastamento condicionado a férias e licença especial' ter sido concedido pelo E. Conselho Superior do Ministério Público, quem executou a medida foi o então Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça."

Por fim, a alegação de mudança posterior de entendimento por parte do Conselho Superior do MPRJ, o qual passou a não mais condicionar os afastamentos à utilização de férias e licenças especiais pelos interessados, não tem o condão de rever a situação do requerente.

Isso porque a concessão de afastamentos para a frequência de cursos ou elaboração de teses, como ato discricionário que é, se submete à avaliação de conveniência e oportunidade da Administração. Conveniência e oportunidade essas que levaram o Conselho Superior do MPRJ, à época, a condicionar o afastamento à utilização de períodos de férias e licença especial.

Registre-se, por oportuno, que a mudança de posicionamento do Conselho Superior do MPRJ, após a concessão do afastamento ao requerente, decorreu de regras estabelecidas posteriormente pela Deliberação CSMP n° 47/2005, que instituiu condições que não existiam naquele momento. Dessa forma, não se pode falar em invalidade dos atos anteriormente praticados, pois conveniência e oportunidade são circunstâncias que podem ensejar alteração em atos administrativos posteriores.

Outrossim, este Conselho Nacional já tem precedente sobre a matéria, discutida em caso análogo, como evidencia a ementa do procedimento de controle administrativo 609/2008-44, de relatoria do eminente Conselheiro Diaulas Ribeiro:

Procedimento de Controle Administrativo. Arquivamento monocrático nos termos do Enunciado CNMP nº 3. Manifestação da interessada contra parte dessa decisão. Submissão ao Plenário. 1. Após requerer, obter e entrar em gozo de licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares, não é admissível sua conversão em afastamento com ônus para cursar mestrado em outro Estado, pleito este que já havia sido julgado prejudicado pelo Ministério Público. 2 O afastamento com ônus para estudos não é direito subjetivo, mas uma concessão da administração, que pode instituir critérios para o deferimento, inclusive vinculando-o a pertinência temática do curso a ser feito. 3. Não constitui ilegalidade nem afronta às resoluções deste Conselho Nacional a suspensão de novos afastamentos por razões de interesse público. Há caso idêntico no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, onde os afastamentos também estão suspensos. (...) 10. improcedência do pedido. 11. Arquivamento dos autos **(Julgamento em 15.12.2008, decisão unânime).**

Ante o exposto, **voto no sentido de julgar improcedente o pedido e determinar o arquivamento dos autos, estendendo-se esta decisão, por força de ser idêntica à matéria de direito tratada, aos autos do processo 22/2009-16 e 146/2009-00.**

Intimem-se os interessados dessa decisão.

Brasília, 16 de abril de 2009.

IVANA AUXILIADORA MENDONÇA SANTOS
Relatora

PROCESSO Nº 0.00.000.000935/2007-41-APENSO PCA Nº 0.00.000.000818/2009-79
INTERESSADO: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO BARROS SILVA
ASSUNTO: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS PARA ESTUDO ACERCA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NO PROCESSO CIVIL E EM AÇÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre ***pedido de providência*** instaurado com objetivo de realização de estudos pelas Comissões Permanentes e pelo Núcleo de Ação Estratégica sobre as funções do Ministério Público no processo civil, onde atua como órgão agente ou *interveniente*, em ações individuais e coletivas, conforme discussão que teve início em 2001, no âmbito do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministério Públicos dos Estados e da União e alargada pelo Conselho Nacional dos Corregedores do Ministério Público dos Estados e da União, fato que resultou na edição da chamada *Carta de Ipojuca*.

No pedido, foram realçadas as modificações trazidas pela Constituição Federal, promulgada em 1988, com destaque aos termos do artigo 129, que além de estabelecer autonomias e garantias para o desenvolvimento das funções do Ministério Público, procurou priorizar a atuação de órgão agente em relação a atribuição de órgão interveniente. Em conseqüência, foi sugerida a feitura de estudos para o fim de revisar e racionalizar a *intervenção* do ***Parquet*** no processo civil. Ainda, foi proposta uma nova leitura a ser dada ao artigo 82, do Código de Processo Civil, em razão do texto da Constituição Federal de 1988. Em continuidade, foram apontadas questões financeiras e orçamentárias que estão a afetar o crescimento da Instituição. Também, foi ressaltado o trabalho pioneiro, que já está sendo realizado nos Ministérios Públicos do Estado de São Paulo, do Estado de Minas Gerais, do Estado de Santa Catarina, do Estado da Bahia e, ainda, do Ministério Público Federal. Por fim, foi apresentada sugestão de proposta de recomendação como conseqüência dos estudos que fossem realizados.

Foram juntados os documentos de fls.12 até 117.

O feito foi, inicialmente, distribuído ao Conselheiro Fernando Quadros da Silva, que o remeteu à Comissão de Planejamento Estratégico e Acompanhamento Legislativo.

No âmbito da referida Comissão, o Conselheiro Sandro José Neis posicionou-se pelo acolhimento da proposta com a determinação da expedição de recomendação.

O Conselheiro Fernando Quadros, Relator, embora favorável a um novo direcionamento institucional, posicionou-se pelo não acatamento da proposta de recomendação nos termos formulados. Assim, propôs a instauração de um novo procedimento de controle administrativo, com a finalidade de avaliar a atual situação nos diversos Ministérios Públicos, quanto aos critérios de distribuição das atribuições nas diversas instâncias da Instituição (fls. 129/136).

Analisando os autos, como proponente da matéria, solicitei que se desse cumprimento ao pedido de estudos, através das Comissões deste Colegiado. Também solicitei o desentranhamento dos demais procedimentos de controle administrativo - *518/2007-28, 552/2008-83 e 915/2007-8*, pois tratavam de casos concretos envolvendo a matéria posta em discussão, para que fossem apreciados e, depois de julgados pelo Colegiado, apensados a este procedimento. Ainda solicitei a redistribuição, nos termos do artigo 66, do Regimento Interno, com o fim de dar o impulso necessário ao feito.

Na 1ª reunião da Comissão de Preservação da Autonomia, discutiu-se o andamento do feito.

Recebi os autos nesta Comissão.

Cumprindo decisão do Plenário, determinei a juntada do ***procedimento de controle administrativo n° 0.00.000.000818/2009-79***, formulado por dezenove (19) ***Promotores de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia***, objetivando a conformação, em face da Constituição Federal de 1988, da ***Resolução n° 10/03***, aprovada pelo Colégio de Procuradores de Justiça, tendo em vista que o conteúdo da determinação impõe a obrigatoriedade de *intervenção* aos membros do Ministério Público, sob pena de sanção disciplinar, em todos os processos de mandados de segurança, nos termos da Lei n° 1.533/51, sem atentar para um novo enfoque que deve ser dado à autuação institucional em razão da promulgação da Constituição Federal.

Naquele feito, os requerentes informaram terem esgotado as instâncias administrativas da Instituição, sem lograrem êxito, culminando com o pedido de controle. Juntaram cópia do pedido formulado junto ao Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público baiano, visando a alteração da ***Resolução n° 10/03***, bem como do voto que indeferiu a revisão pleiteada.

Os autos foram distribuídos ao eminente Conselheiro Sérgio Feltrin que entendeu estar prejudicada a análise do *pedido de liminar*, pois faltavam informações sobre a efetiva instauração de procedimentos disciplinares em face do descumprimento da ***Resolução n° 10/03***, bem como das razões que motivaram a edição da referida

norma pelo Colégio de Procuradores de Justiça.

Foram solicitadas informações e o então Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público baiano, Dr. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto, informou que a tese defendida pelos Promotores de Justiça difere daquela aventada nos autos do ***procedimento de controle administrativo***, uma vez que lá foi sustentado que os membros do Ministério Público não deveriam *intervir* em determinadas espécies de ações, enquanto, nestes autos, não se discute a *intervenção* em si, mas sim a obrigatoriedade da manifestação sobre o mérito, em sede de mandado de segurança. Quanto ao mérito, disse não haver desconformidade entre a Lei que rege o *mandado de segurança*, a Constituição Federal e as regras do artigo 82 do Código de Processo Civil. Ainda referiu sobre a necessidade da *intervenção*, sob pena da *perda de espaço*, o que acarretaria, no entender dele, o enfraquecimento da Instituição. Posto isso, manifestou-se pelo *indeferimento da liminar* e, no mérito, pela *improcedência do pedido* (fls. 170 a 179).

Os requerentes reiteraram o pedido para determinar a imediata suspensão da ***Resolução n° 10/03***.

Na Sessão, por unanimidade, foi conhecido o pedido e encaminhado o feito à **Comissão de Preservação da Autonomia** para análise *do mérito*, eis que na **Comissão** já tramitavam procedimentos semelhantes. Recebi os autos na Comissão e determinei que fossem apensados.

Recebi, via ***correio eletrônico***, sugestão do eminente Presidente da Associação do Ministério Público do Estado da Bahia, Dr. Jânio Braga, no sentido de que os membros do Ministério Público dos Estados de incluir na discussão o tema sobre a assistência às rescisões de contratos de trabalho, nos termos do artigo 477, § 3°, da Consolidação das Leis do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1 – Colocação do tema:

A questão posta à análise não é nova, pois já aventada em outros momentos de debate neste Órgão Nacional de Controle, sendo de extrema importância ao Ministério Público brasileiro, pois refere-se à atuação dos seus membros no processo civil e, ainda, a uma nova postura institucional que deve ser adotada pelo Ministério Público em razão das disposições da Constituição Federal, fato que me levou, inclusive, a propor a realização de estudos pelas Comissões Permanentes e pelo Núcleo de Ação Estratégica

sobre a atuação do Ministério Público no processo civil, como órgão interveniente, em ações individuais e coletivas, não tendo, naquela ocasião, oportunidade de esgotar o tema, o que, agora, é novamente posto ao exame do Colegiado.

As razões que invocam o debate emergem da nova ordem constitucional que modificou, profundamente, a sistemática de atuação dos membros do Ministério Público e procurou dar tratamento unificado, impondo o ***munus*** de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses indisponíveis, sejam sociais ou individuais. A própria Constituição Federal, além de estabelecer autonomias e garantias para o desenvolvimento das funções do Ministério Público, procurou priorizar a função de órgão agente em relação a de órgão interveniente, isto se deduz da leitura singela do artigo 129[1] da Carta da República, embora a Instituição esteja, ainda, perdidamente atolada na burocrática, confortável e conveniente atuação fiscalizatória.

E por entender que a autuação do Ministério Público deva priorizar a função de órgão agente, é que se faz adequado o referido estudo, uma vez que a *intervenção* dos membros do ***Parquet*** está, umbilical e diretamente, ligada a existência de interesse público, sendo necessário cotejar o artigo 82 do Código de Processo Civil com as funções institucionais previstas no artigo 129 da Constituição Federal. Não se está, em absoluto, pretendendo propagar a idéia da *não intervenção*, de forma absoluta, nos processos cíveis, mas realçar uma *intervenção* mais efetiva e com alcance social.

Tampouco, se quer ferir a autonomia ou independência funcional de cada membro da Instituição, pois, na análise do caso concreto, irá o titular da atribuição decidir sobre a *intervenção* ou a *não-intervenção*. Trata-se, isto sim, de privilegiar as atribuições e as funções estabelecidas, expressamente, na Carta da República, dando o realce constitucional que devem ter, o que será amplamente destacado no

1 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

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.

presente feito.

De um lado temos regras processuais estabelecidas no artigo 82 do Código de Processo Civil, lei processual em vigor desde 1973 que está a merecer periódicas adequações em razão dos reclamos da sociedade contemporânea, e, do outro, temos o novo perfil constitucional definido aos membros do Ministério Público, a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, para o exercício de suas importantes atribuições.

Com efeito, não há mais como prosperar a imposição burocrática da *intervenção* em processo, sem que este – o processo – , não tenha a mínima repercussão social. O tamanho do Ministério Público, seus reais compromissos sociais neste País de gravíssimas desigualdades, em que seu povo não conhece, muitas vezes, os seus direitos, as imposições restritivas ao crescimento por razões de adequações orçamentárias e limitações consequentes da responsabilidade fiscal, leva à necessidade de um repensar ou pensar de forma diferente os caminhos futuros da Instituição. Essa é, também, uma responsabilidade imposta ao Conselho Nacional, que tem o dever constitucional de auxiliar a Instituição, pois é de sua competência o controle administrativo e financeiro do Ministério Público, ou seja, o controle do tamanho do Ministério Público e de seus reais resultados, e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, que resulta em dizer, o cumprimento dos deveres sociais dos membros da Instituição (artigo 130-A, parágrafo 2º, da Constituição Federal).

Neste contexto, faz-se necessária a discussão sobre o tamanho do Ministério Público, onde estão incluídos os ramos do Ministério Público da União e o dos Estados. Os Ministérios Públicos dos Estados brasileiros estão limitados a 2% da receita corrente líquida para pagamento de pessoal, por disposição da Lei Complementar n° 101/01. Todavia, quem exerceu ou exerce cargo na administração da Instituição sabe que o percentual de comprometimento com pessoal, de fato, é de 1,80% da receita corrente líquida do Estado. Caso ultrapassado este percentual, deverá ocorrer a necessária adequação e ajustamento nos dois quadrimestres seguintes. Não há maiores espaços, portanto, para o crescimento da Instituição, principalmente nos Ministérios Públicos dos Estados, que somente poderão avançar na medida em que o próprio Estado cresça. Impõe-se, por conseqüência, que tenhamos a noção clara e exata do limitado tamanho da Instituição e o que, necessariamente, deve ser feito pelos seus membros, a fim que o Ministério Público possa ser, realmente, essencial, não pela quantidade de suas *intervenções*, mas sim, e especialmente, pela qualidade da sua presença, em função da sua utilidade e da sua efetividade e, também, pela presença marcante na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis.

Na mesma linha da idéia exposta, já é forte a doutrina nacional, a exemplo

dos ensinamentos de Maurício Augusto Gomes, Procurador de Justiça no Estado de São Paulo, ao referir *que não há dúvida que é mesmo necessário compatibilizar as disposições legais que impõem a intervenção do Ministério Público nas ações e procedimentos de natureza civil em geral ao seu novo perfil constitucional, que enfatiza suas funções como órgão agente, devendo ser buscada a redução das hipóteses de intervenção no processo civil, até mesmo e especialmente para viabilizar atuação eficiente em defesa de interesses superiormente relevantes, como são aqueles que se refletem de maneira coletiva ou difusa na comunidade, a serem tutelados por meio da instauração de inquérito civil e da promoção da ação civil pública* [2].

Nesse passo, é preciso refletir acerca da importância da Instituição que é, e não pode deixar de ser, a esperança de um povo que anseia pela defesa de seus interesses e implementação de seus direitos, como bem refere Lênio Luiz Streck *o Ministério Público, alçado à condição análoga a de um poder de Estado, figura, em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, afastando-o do Poder Executivo, tornou-lhe, em uma consideração pragmática, esperança social. Tenha-se em mente, no particular, que no contexto em que está imersa a Sociedade contemporânea, esperança social poderá significar 'esperança de democracia substancial', de redução das desigualdades sociais, enfim, esperança de justiça social ou, minimamente, esperança de real e efetiva defesa dos interesses sociais*[3].

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco já apontavam que *o Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos e difusos*[4].

Assim, e concordando com a posição de Marcelo Zenker[5], *impõe-se uma*

2 GOMES, Maurício Augusto, citado por Victor Roberto Corrêa Souza na Revista Eletrônica da Procuradoria da República de Pernambuco, 2007, ano 5, pág. 14.

3 STRECK, Lênio Luiz. Crimes e Constituição. Rio de janeiro: Forense, 2003.p.47-48.

4 ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pelligrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo.17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

5 ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade no Processo Civil. São Paulo: Editora

necessária integração entre a atividade do Ministério Público no processo civil – como órgão facilitador do acesso à justiça e de defesa dos direitos – e a efetividade e instrumentalidade do processo civil contemporâneo, devendo os membros da instituição buscar uma ação mais voltada para a concretização justiça. Se o mister dos membros da Instituição é público, cabe-lhes zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos, aos serviços de relevância pública e aos direitos assegurados pela Constituição da República, devendo, para tanto, promover todas as medidas necessárias, não apenas no plano judicial como também no extrajudicial, evitando, se possível for, até mesmo o ajuizamento de ações. A responsabilidade do Ministério Público pela efetividade se escora na busca de uma atuação racional, moderna e voltada exclusivamente para o novo perfil traçado pela Instituição pela Constituição Federal de 1988.

Nunca é demais realçar a inegável importância, a necessidade e a urgência em se unificar o entendimento acerca da atuação do Ministério Público no processo civil, especialmente, como órgão interveniente, sob pena de, em não o fazendo, enfraquecer a Instituição, tornando-a burocrática e afastando-a de seu verdadeiro objetivo, da razão de sua existência, que é, efetivamente, atender a expectativa da sociedade, atuando de forma eficiente, espontânea e integral na defesa desses mesmos interesses, especialmente os relacionados com a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente. A definição expressada na Constituição Federal define o Ministério Público como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por esta razão que João Lopes Guimarães Jr.[6] defende que, no caso do Ministério Público, *(...) a efetividade vincula-se ao fortalecimento do Estado de Direito, ao resgate da cidadania e à pacificação social, atingíveis pela aplicação da lei. Nesta perspectiva, não pode o Ministério Público estabelecer uma estratégia de atuação sem considerar o alcance social e a repercussão concreta de cada uma de suas atribuições.*

E, para que tudo isso aconteça, ou seja, que a Instituição possa assumir integralmente suas novas funções, dar um novo rumo aos seus compromissos, ser mais

6 Revista dos Tribunais, 2006.

objetiva, é que Hugo Nigro Mazzili[7] ensina que *outro ponto relevante, a ser mudado, é exigir do Ministério Público, um posicionamento funcional mais crítico, que busque, em cada autuação, os fundamentos e as finalidades constitucionais de sua intervenção.* ***Assim, há inúmeras atribuições, como sua atuação na avaliação de minas e jazidas, no mandado de segurança ou na jurisdição voluntária em que não haja interesses indisponíveis,*** *e em outras situações semelhantes, que devem hoje ser questionadas, à vista da atual destinação constitucional do Ministério Público, até porque, em casos de mera defesa de interesses patrimoniais da Fazenda, tem esta seus representantes, que não o Ministério Público, ao qual só está reservada a defesa do patrimônio público quando o legitimado ordinário não o faça a contento.*

Na mesma linha, os ensinamentos de Márcio Soares Berclaz e de Millen Castro de Medeiros de Moura[8] que defendem surgir *(...) aí, portanto, a necessidade da "racionalização" das atividades ministeriais cotidianas, pois é a partir desta desoneração e do desapego de atividades perfeitamente dispensáveis que o agente ministerial disporá de mais tempo para bem exercer seus papel de* ***ombusdman****. À figura de um membro encerrado no seu gabinete, conformado e preocupado em atuar apenas como típico despachante processual, qualificado parecerista, propõe-se a edificação de um Promotor de Justiça transformador, compromissado com os grandes problemas da comunidade na implementação dos seus direitos fundamentais, aprimorando o Estado Democrático de Direito capaz de garantir o aperfeiçoamento da cidadania e condições de vida digna.*

Sustentam que *racionalizar, nesta ótica, propõe uma releitura das atribuições ministeriais a partir de uma filtragem constitucional capaz de projetar efeitos em toda a legislação ordinária, extirpando a atuação do Promotor de Justiça em intervenções processuais obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional. A oferta de pareceres em feito de pouca ou quase nenhuma relevância social, tornou-se tarefa que consome enorme tempo do membro ministerial, cuja existência, muitas vezes, dá-se por mera tradição, sem reflexão quanto à sua relevância ou adequação ao perfil institucional. O seu preço tem sido muito alto, principalmente para a sociedade, dada a incidência intolerável de desrespeito aos interesses mais básicos desta, que não estão sendo corretamente amparados pelo Promotor de Justiça assoberbado pelo volume*

7 MAZZILLI, Hugo Nigro, in Propostas de um Novo Ministério Público, publicado em Temas Atuais do Ministério Público: A Atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

8 BERCLAZ, Márcio Soares e MOURA, Millen Castro Madeiros de, in Para onde Caminha o Ministério Público? Um Novo Paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para Assumir a Identidade Constitucional, em Temas Atuais do Ministério Público. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, pág. 149.

processual. Exatamente por isso, defende-se a idéia de que, mesmo nas hipóteses legais de intervenção do ***Parquet****, este precisa verificar se, no caso sob exame, existe, de fato, o* ***interesse público primário***[9] *que justifique sua manifestação.*

2 – O exame casuístico da questão:

É oportuno, portanto, que Conselho Nacional do Ministério Público ***recomende***, estimulando amplo debate pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e pelo Conselho Nacional de Corregedores–Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, ***a regulamentação***, com a revisão de praxes e a racionalização de recursos humanos, ***da intervenção no processo civil***, privilegiando, ***dentre outros***, os seguintes temas:

(Re)Interpretação do conceito de interesse público, que sempre norteou a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, de acordo com o novo perfil traçado pelos artigos 127 e 129 da Constituição Federal;

Exclusividade do órgão interveniente do Ministério Público quanto à identificação do interesse público que justifique sua atuação, inclusive em atenção a Súmulas e decisões reiteradas dos Tribunais Superiores a respeito da legitimidade recursal e situação determinante da própria intervenção[10];

Prescindibilidade do parecer do Ministério Público de primeiro grau quando da interposição de recurso pelas partes em ações individuais;

Desnecessidade de atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não pelo Parquet;

Facultatividade da intervenção ministerial nas demandas e hipóteses a seguir

9 ZENKNER, Marcelo, ***in*** **Ministério Público e Efetividade do Processo Civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 118: "Quanto à classificação, o interesse público, de acordo com a clássica distinção de Renato Alessi, conhecido publicista italiano, se subdivide em interesse público primário e secundário: não por destinatária a coletividade, o grupo social como um todo, e, por objeto, bens ou interesses relevantes para a vida em sociedade. Envolve, assim, a preservação permanente dos valores a todos, de modo abrangente e abstrato, e exatamente por serem esses valores de todos não são de ninguém (o exemplo, por excelência, do meio ambiente em geral). Já o segundo em vista os interesses exclusivos do Estado, enquanto pessoa jurídica em empenhada na consecução de seus fins. E é pelo interesse público primário que deve zelar o **Parquet**, pois para a defesa do interesse público secundário pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico temos a Advocacia – Geral da União (art. 131 da CF) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132 da CF), sendo vedada ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX, da CF)".

10 AGRAVO no Ag 335.137/MG, Terceira Turma, Relator Min. Ari Pargendler, julgado em 18.12.2001. Processo Civil. Atuação do Ministério Público em hipótese não prevista em lei. Irrelevância. A intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, em processo no qual não carece de obrigatoriedade, é irrelevante e não gera nulidade. Agravo regimental não provido.

elencadas, à guisa de exemplo:

a. Separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes;

b. Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens;

c. Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores;

d. Ação de alimentos e revisional de alimentos entre partes capazes;

e. Ação executiva de alimentos fundada no artigo 732 do CPC entre partes capazes;

f. Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

g. Procedimento de jurisdição voluntária em que inexistir interesse de incapazes ou envolver matéria alusiva a registro público;

h. Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes;

i. Ação de indenização e ações para obtenção de benefícios previdenciários, decorrentes de acidente do trabalho;

j. Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel;

k. Requerimento de falência e de recuperação judicial, antes da decretação ou do deferimento do pedido;

l. Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista;

m. Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

n. Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público, com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, desapropriação direta e indireta, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; e

o. Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes.

A pretendida racionalização da intervenção processual, na esfera cível, implica numa reflexão acerca do verdadeiro sentido e objetivo da atuação dos membros do Ministério Público, a partir de uma análise crítica do artigo 82 do Código de Processo

Civil[11], em vigor desde 1973, em cotejo com as atribuições constitucionais previstas nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, promulgada em 1988.

Sobre o artigo 82 do Código de Processo Civil, onde está centralizada a grande controvérsia a respeito do que seja interesse público, especialmente quanto à interpretação da abrangência do seu inciso III, cabe a lição de Antônio Cláudio da Costa Machado[12] que sustenta que *o interesse público a que alude o inc. III do art. 82 não é algo que corresponda a um ideal de valor; pelo contrário, é algo concreto, interesse tornado direito por norma jurídica, interesse verificável objetiva e subjetivamente perante o direito. A só relevância social ou política de um interesse não o torna direito, muito menos indisponível; o só interesse na preservação de valores importantes da sociedade não transforma tal interesse em direito; o interesse abstratamente considerado que toda a sociedade deve perseguir não gera a intervenção do Ministério Público porque não é interesse público. Em realidade, o que faz de um interesse um interesse público – e isto falta nos três conceitos elencados – é a repercussão técnico – jurídico-sistemática da magnitude, da relevância social do interesse que se identifica com atributo de indisponibilidade que é dado pelo ordenamento jurídico existente.*

E o ordenamento jurídico existente, clama pela conformação entre o artigo 82 do Código de Processo Civil e o conteúdo do disposto na Constituição Federal. Os tempos mudaram, não há mais como olhar a sociedade sob a ótica do direito romano, a exemplo da origem da expressão estado da pessoa, referida no inciso II do artigo 82, que remonta àquela sociedade, onde o estado da pessoa, *o* ***status*** do indivíduo, compreendia a posição dele frente ao Estado, se era um homem livre, se era cidadão romano, eram os denominados ***estatus libertatis, status civitatis e status familia***, um conjunto de atributos próprios do ser humano, que determinava inclusive sua posição social[13].

Modernamente, não tem relevância ou não tem repercussão social saber-se se alguém é casado, solteiro, separado ou divorciado, por tratar-se de direito disponível. O casamento perdura enquanto aprouver aos interessados e somente eles, os casados,

11 Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

12 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, in A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

13 LIMA, Fernando Antônio Negreiros, em A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro como custos legis. São Paulo, Editora Método.

cabe exercer os seus direitos. Por conseguinte, a nova leitura que se propõe, atentando-se para razão da *intervenção*, é de que esta deve pautar-se, não apenas pelo estado em si da pessoa, mas, sobretudo, pela presença do interesse público determinante. Não há como vislumbrar razão para *intervenção*, por exemplo, em ação de separação ou divórcio consensual, onde sequer lide há. Todavia, deve manter-se a *intervenção* quando houver a proteção dos valores familiares protegidos pelos artigos 226 e 233 da Constituição Federal, ou pela presença de interesse de incapazes.

Já com este novo olhar, o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais[14], através de iniciativas pioneiras, disciplinaram a matéria no âmbito de suas competências. Mais tarde, seguindo a orientação do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Público do Estado da Bahia, também, elaboraram atos normativos, com a finalidade de orientar a atuação dos seus membros, reconhecendo a necessidade da racionalização das atribuições legais do ***Parquet***. Ao encontro deste entendimento, é que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro elaborou enunciados a fim de racionalizar a intervenção ministerial[15].

14 http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/6540.

15 ATO nº 103/2004/PGJ (republicado em 10.05.2005)
O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pelo art. 18, inciso IX, da Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000, e considerando:

a) a teleologia dos preceitos constitucionais contidos nos artigos 127 e 129 da Constituição da República, que emolduram o Ministério Público como órgão predominantemente agente;

b) a obrigatoriedade de interpretarem-se as normas jurídicas, entre as quais o Código de Processo Civil, em conformidade com os princípios e preceitos constitucionais;

c) a legitimidade do Ministério Público para, com vista dos autos, proceder com exclusividade à análise da existência ou não de interesse por ele tutelável;

d) a legítima expectativa da sociedade de ver o Ministério Público atuando com eficiência e eficácia na plenitude e exata dimensão da sua moldura constitucional;

e) a necessidade de otimizar, no contexto dos valores e necessidades sociais, o resultado prático da outorga funcional conferida ao Ministério Público;

f) o atraso na entrega da prestação jurisdicional, que está relacionado, também, com a falta de racionalidade da intervenção do Ministério Público no processo civil;

g) as limitações de ordem financeira, inclusive aquelas estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal;

h) o resultado da pesquisa acerca da intervenção do Ministério Público no processo civil, promovida pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional;

i) a Carta de Florianópolis expedida pelo Conselho Nacional de Corregedores do Ministério Público, em face das conclusões do seu XLI Encontro, realizado no dia 19 de agosto do corrente, reconhecendo a necessidade da racionalização das atribuições legais da Instituição; e

j) por fim, a deliberação, por expressiva maioria, do Colégio de Procuradores de Justiça, na sessão realizada no dia 29 de setembro do corrente, favorável à racionalização da intervenção do Ministério Público no processo civil,

RESOLVE, respeitado o princípio da independência funcional, editar, sem caráter vinculativo, o seguinte Ato:

Art. 1o Intimado a pronunciar-se na condição de fiscal da lei, o órgão do Ministério Público, não vislumbrando interesse relevante a reclamar sua tutela, poderá dar à intervenção caráter meramente formal, declinando de maneira sucinta as razões do seu posicionamento.

§ 1º Considera-se meramente formal a intervenção que, muito embora decorra de interpretação de

Da mesma forma, o Ministério Público Federal buscou rever a dimensão

dispositivo legal, não importe, necessariamente, no exercício de defesa de interesse tutelável pelo Ministério Público.

§ 2º A análise da presença de interesse tutelável no processo poderá ser feita subseqüentemente a cada intimação, ou a qualquer momento, a juízo do órgão do Ministério Público.

§ 3º É desaconselhável, para efeito de intervenção meramente formal, invocar-se, simplesmente, a inexistência de interesse público no feito.

Art. 2° Quando houver intervenção em defesa de interesse tutelável, recorrendo as partes, poderá o órgão do Ministério Público de primeiro grau manifestar-se apenas sobre os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Art. 3° A intervenção do Ministério Público no processo civil, na forma prevista no art. 1° e seus parágrafos do presente Ato, poderá ser considerada nas seguintes hipóteses:

I - habilitação de casamento;

II - separação judicial consensual sem a presença de interesse de incapazes;

III - ação de divórcio sem a presença de interesse de incapazes;

IV - ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens sem a presença de interesse de incapazes;

V - ação ordinária de partilha de bens entre pessoas capazes;

VI - ação de alimentos e revisional de alimentos entre pessoas capazes;

VII - ação executiva de alimentos (CPC, art. 732) entre pessoas capazes;

VIII - ação relativa ao implemento de disposições de última vontade sem a presença de interesse de incapazes, salvo se envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

IX - procedimento de jurisdição voluntária sem a presença de interesse de incapazes;

X - ação para obtenção e revisão de benefício previdenciário sem a presença de interesse de incapazes;

XI - ação indenizatória de direito comum decorrente de acidente do trabalho;

XII - ação de usucapião de coisa móvel;

XIII - ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ressalvadas as hipóteses da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001;

XIV - requerimento de falência, na fase pré-falimentar;

XV - ação de cunho patrimonial sem a presença de interesse de incapazes, em que seja parte sociedade de economia mista;

XVI - ação individual de cunho patrimonial, sem a presença de interesse de incapazes, em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XVII - ação de execução fiscal e respectivos embargos;

XVIII - ações que envolvam discussão de direitos estatutários promovidas por servidores públicos para fim de obtenção de vantagem patrimonial;

XIX - ação de repetição de indébito ou consignatória, quando forem partes o Estado ou o Município, as respectivas Fazendas Públicas, ou empresas públicas a eles vinculadas;

XX - ação de desapropriação indireta, sem a presença de incapazes, exceto as que envolvam terras rurais objeto de litígio possessório coletivo ou que se destinem para fins de reforma agrária;

XXI - ação ordinária de cobrança, indenizatória, possessória ou de despejo, quando forem partes o Estado ou o Município, as respectivas Fazendas Públicas, ou empresas públicas a eles vinculadas;

XXII - ação anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, cautelares, conflito de competência ou impugnação ao valor da causa, quando forem partes o Estado ou o Município, as respectivas Fazendas Públicas, ou empresas públicas a eles vinculadas;

XXIII - mandado de segurança cujo objeto se restrinja à transferência ou licenciamento de veículo sem prévio pagamento das multas de trânsito;

XXIV - ação que tenha por objeto a tutela de direito individual de consumidor, de caráter não homogêneo, sem a presença de interesse de incapazes;

XXV - ação que tenha por objeto a tutela de interesse particular de entidade de previdência privada.

§ 1º A prerrogativa de optar pela intervenção meramente formal, nos termos deste Ato, não implica renúncia ao direito de receber os autos com vista nas hipóteses em que a lei prevê a participação do Ministério Público no feito.

§ 2º Além das hipóteses a que alude este artigo, poderá o membro do Ministério Público optar pela não intervenção ou pela intervenção meramente formal nos processos compreendidos no contexto de Enunciados emanados da Procuradoria de Justiça Cível. *(parágrafo acrescido pelo Ato PGJ nº 089 /MP, de 2 de maio de 2005)*

Art. 4° O presente Ato vigorará como parâmetro de orientação a partir da data de sua publicação.

universal de suas atribuições, redefinindo o conceito de interesse público associado à necessidade de *intervenção* pela qualidade da parte, otimizando seu campo de atuação e reorganizando a alocação de recursos humanos e financeiros. Em tese, todas as causas que tramitam na Justiça Federal são de interesse, direito ou indireto, da União. Todavia, sabiamente, soube o Ministério Público Federal achar o espaço de sua necessária intervenção. Reconhecidamente, a Instituição passou a ter mais prestígio e alcançou efetivos resultados em razão de sua opção em privilegiar a atuação como órgão agente. O mesmo fez o Ministério Público do Trabalho, planejando a atuação, destacando as questões que realmente interessam a sociedade, mudando, efetivamente, a sua postura. Esta mudança consciente leva à credibilidade e ao reconhecimento social.

O Conselho Nacional do Ministério Público tem como finalidade auxiliar à Instituição na formatação de seu planejamento estratégico, com respeito a autonomia e às peculiaridades de cada Ministério Público, visando alcançar um perfil unitário que possa ser traduzido em serviços ao destinatário de suas ações, sem, contudo, interferir na independência funcional de seus membros. Para tanto, tem se dedicado intensamente ao planejamento e a gestão estratégica. Mudando a cultura e deixando de lado a acomodação que resulta da concepção burocrática, os resultados passam a ocorrer.

O Ministério Público brasileiro, em especial o Ministério Público dos Estados, está totalmente impossibilitado de crescer e atender de forma mais efetiva os interesses do cidadão e da sociedade, nessa quadra da história. Embora absolutamente necessária, a Lei de Responsabilidade Fiscal tem submetido a Instituição à estagnação nos últimos cinco (5) anos. Em praticamente todos os Estados, o Ministério Público está no limite de alerta ou no limite prudencial, fato que leva à impossibilidade de uma melhor atenção à defesa dos interesses da sociedade.

A Constituição Federal afirma ser o Ministério Público ***essencial*** à função jurisdicional do Estado. Essa determinação constitucional perde força e vigor, tornando-se texto inútil ou morto, em muitos Estados da Federação, em razão da inviabilidade que sofre a Instituição pelas limitações orçamentárias e fiscais. O Ministério Público é ***essencial*** até determinado percentual. O planejamento e a racionalização das atividades, com o destaque prioritário ao interesse social, ganham corpo e poderão ser um passo seguro para superar estas deficiências.

É necessário motivar e estimular os membros do Ministério Público que,

---

Florianópolis, 5 de outubro de 2004.
PEDRO SÉRGIO STEIL
Procurador-Geral de Justiça.

diariamente, convivem com um excessivo volume de trabalho, com pilhas e pilhas de processos, e que, entretanto, têm pouca, ou quase nenhuma, efetividade. Cabe assim, mais uma vez, (re)produzir a necessidade da mudança, cuja posição deve estar direcionada a uma nova postura, que está bem traduzida pela lição de Márcio Berclaz e Millen Castro[16], em artigo cujo título fala por si: ***Para onde caminha o Ministério Público? Um Novo Paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para Assumir a Identidade Constitucional***. Dizem estes novos pensadores da Instituição que *o drama cotidiano mais aflitivo ao Promotor de Justiça não deriva da complexidade do seu trabalho, nem da carga de serviço judicial, historicamente árdua, mas sim da frustrante sensação de não conseguir cumprir a contento as finalidades funcionais necessárias a uma interferência positiva na realidade na realidade social (tutela de direitos coletivos e promoção de justiça social). Esse débito político-social decorre da falência do atual modelo organizacional do Ministério Público, que dificulta o cumprimento de sua missão constitucional e impede-o de aprimorar-se na defesa dos interesses primordiais da sociedade. A própria instituição precisa promover reformas internas para solucionar a 'crise de identidade' em que está mergulhada, consciente na dissonância entre seu perfil constitucional e a atuação prática de muitos de seus membros, sob pena de sua inércia contribuir para a redução da credibilidade de que goza junto à sociedade e, conseqüentemente, para a fragilização de sua legitimidade*

---

16 Enunciados sobre a intervenção do Ministério Público na área cível (Aprovados em pesquisa de classe e conforme os I e II Encontros sobre o tema, realizados nos dias 29.02.08 e 30.05.08 no auditório da AMPERJ). Observação: O resultado da pesquisa não interfere, em hipótese alguma, na vista devida ao Membro do Ministério Público com atribuição, a quem artigos 127 e 129 da CRFB, não se vislumbra interesse público a ensejar a intervenção do MP nos seguintes casos: I- Habilitação de casamento em geral; II- Separação e divórcio consensual sem filhos incapazes; III- Declaração de união estável sem interesse de filhos incapazes; IV- Inventário e partilha decorrentes de sentenças proferidas em separações, divórcios ou declarações de união estável; V- Alimentos e revisional de alimentos e execução de alimentos entre capazes, qualquer que seja o rito; VI- Indenizatórias de direito comum fundadas em acidente de trabalho; VII- Anulatória de ato jurídico em que a questão registral for mera conseqüência; VIII- Inventário ou arrolamento fundado em disposição de última vontade em que já tenha havido manifestação ministerial na abertura, registro e cumprimento de testamento; IX- usucapião de bem móvel; X- Jurisdição voluntária onde não se vislumbrem as hipóteses do artigo 82 do CPC; XI- Usucapião individual de bem imóvel devidamente registrado e sem interesse ambiental, urbanístico (Incluindo Lei 10257/2001) ou fazendário; XII- Quando for parte pessoa jurídica em liquidação extrajudicial; XII- Quando for parte sociedade de economia mista; XIV- Quando for parte entidade de previdência privada; XV- Feitos em que se discuta direito individual não homogêneo de consumidor; XVI- Concessão e revisão de benefício previdenciário, exceto acidente de trabalho; XVII- Execução fiscal e embargos em execução fiscal; XVIII- Anulatória de débito fiscal, repetição de indébito declaratória fiscal ou consignação em pagamento tributária; XIX- Ações possessórias sem relevância social mesmo quando for parte a Fazenda Pública; XX- Ações de despejo mesmo quando for parte a Fazenda Pública; XXI- Desapropriação indireta que tenha por objeto apenas o valor da justa indenização; XXII- Ações patrimoniais quando forem partes o Estado ou o Município, as respectivas Fazendas Públicas, ou entidades da administração indireta a elas vinculadas; XXIII- Ações que envolvam discussão de direitos individuais promovidas por servidores públicos; XXIV- Processo de avaliação da renda e dos prejuízos decorrentes da pesquisa e extração mineral;

Enunciado 2: A manifestação recursal do Ministério Público em primeiro grau deve se restringir à admissibilidade do recurso e às hipóteses em que houver possibilidade do exercício de juízo de retratação.

como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

A otimização das funções e o repensar do exercício das atribuições, realçam a necessidade de escolher um caminho que indique a forma de alcançar uma atuação eficaz, rápida e desburocratizada, que, realmente, seja efetiva e empenhada na solução dos problemas que afetam a sociedade. Surge sempre, em razão disso, o questionamento: qual o interesse que leva o Ministério Público a *intervir* em ação de separação consensual, inexistente interesse de incapazes ou, ainda, em ação de partilha de bens, quando o crime organizado toma proporções incontroláveis e assola a organização social, quando o cidadão clama pela sobrevivência frente aos níveis insuportáveis de poluição e à degradação permanente do meio ambiente, quando a sociedade é agredida pelo escárnio da corrupção na esfera pública, dos desvios do patrimônio público, da prática dos atos de improbidade, do desrespeito ao idoso, à criança, à mulher e às minorias?

O Ministério Público tem obtido sucesso, em regra, nas suas empreitadas. Todavia, tivesse a Instituição destaque prioritário ao enfrentamento desses e de outros problemas de repercussão social, em detrimento à burocrática opinião sobre a partilha de bens entre separados ou divorciandos maiores e capazes, por certo atingiria resultados sociais mais abrangentes e estaria, de forma plena, exercendo a sua função social e alcançando a sua destinação democrática e republicana.

É preciso superar a ideia de que uma atuação mais limitada, restrita e concisa irá enfraquecer a Instituição, pois como referem Márcio Soares Berclaz e Millen Castro Medeiros de Moura[17], *ao contrário do que propagam os opositores da racionalização, esta não consiste em subterfúgio para negligenciar atribuições ministeriais relevantes, e sim se traduz em estratégico método para, através da crítica permanente, conformar a atuação finalística da Instituição ao paradigma previsto no artigo 127 da Constituição da República, depurando a atividade ministerial de intervenções desgarradas da vontade constituinte e do real anseio da sociedade. A racionalização não objetiva alimentar o ócio, mas sinalizar que a inércia não - fundamentada no exercício da tutela extrajudicial dos interesses coletivos não mais pode ser tolerada pelos órgãos correcionais dos quais, em vez de absurda visão clássica de priorizar atuação processual individual em detrimentos dos sérios problemas coletivos, espera-se mudança de perspectiva na fiscalização e orientação compromissada com a identidade constitucional. (...) Além disso, há pessoas externas à instituição que, ao criticarem abertamente as premissas de racionalização, escondem interesses*

17 Ibid. Pág. 152-154.

egoísticos, quando não desejos verdadeiramente escusos de continuar a ver, na rotina do membro do Ministério Público, inofensivo e qualificado 'parecerista de luxo'. Para tais indivíduos, torna-se muito mais cômodo apostar na preservação do Promotor de Justiça 'despachante processual' que, se, de um lado facilita, o trabalho do rotineiro do Poder Judiciário, por outro inviabiliza-se para cumprir, com a desenvoltura e comprometimento que a sociedade dele exige, o dignificante papel constitucional de priorizando a atividade extrajudicial coletiva como verdadeiro ***ombusdman****, contribuir para a defesa e promoção do Estado Democrático de Direito.*

Por essa razão, entendo que se deva partir dos apontamentos elaborados pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais - CNPG, visando traçar um novo perfil para a atuação dos membros da Instituição, condizente com a sua grandeza e com sua função máxima, que é servir a sociedade.

Assim, proponho, desde já, que o Conselho Nacional ***recomende*** aos Ministérios Públicos que, no âmbito de sua autonomia, priorizem, através de ato regulamentar, a função de órgão agente em detrimento da função de órgão interveniente, sempre que o caso assim recomendar. Esse exame, sobre a necessidade, deve ser do membro do Ministério Público que exerce a atividade-fim.

Proponho, também, que o Conselho Nacional ***recomende*** aos Ministérios Públicos que, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo e, também, repensar as funções exercidas por membros e servidores da Instituição. Esta nova definição de atribuições e de funções permitirá que o Ministério Público deixe de atuar de forma burocrática e que a mão de obra extremamente qualificada possa ser aproveitada e direcionada, na sua plenitude, em defesa dos interesses da sociedade.

A ***recomendação*** deve ser de caráter geral a todos os ramos do Ministério Público e deve conter posições que possam ser assumidas no planejamento e nos planos estratégicos da Instituição, que serão balizados pelas seguintes diretrizes:

Considerando a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

Considerando a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re) orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente;

Considerando a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea

e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente;

Considerando a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça [18] ;

Considerando a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa;

O ***Conselho Nacional do Ministério Público*** resolve, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição e, portanto, sem caráter normativo ou vinculativo, elaborar a seguinte ***recomendação***:

1) Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos.

2) Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal.

Parágrafo único – Será imperativa, contudo, a manifestação do membro do Ministério Público a respeito de preliminares ao julgamento pela superior instância eventualmente suscitadas nas razões ou contra-razões de recurso, bem assim acerca de questões novas porventura ali deduzidas.

3) É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição.

4) O membro do Ministério Público pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção.

5) Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

2.1 – *Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária:*

Embora o Código de Processo Civil, de forma expressa, determine a intervenção do Ministério Público nos *procedimentos especiais de jurisdição voluntária*, a posição

18 Súmula 189 do STJ: " É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais".

prevalecente da doutrina pátria[19] e da jurisprudência dos Tribunais[20] é no sentido que a norma que determina a *intervenção* deva ser lida em conformidade com o que dispõe o artigo 82 do Código de Processo Civil[21].

O entendimento predominante é no sentido de que o artigo 1.105 do Código de Processo Civil não poder ser analisado isoladamente. A função do magistrado no *procedimento de jurisdição voluntária* é meramente administrativa, com conteúdo fiscalizatório, não havendo razão, de forma genérica, que haja o fiscal do fiscal. Essa a razão da construção doutrinária e jurisprudencial, hoje consolidada, de que o Ministério Público deve intervir nos *procedimentos de jurisdição voluntária* somente quando houver situação prevista no artigo 82 do Código de Processo Civil. Mesmo este artigo 82 do Código de Processo Civil deve ser lido em conformidade com as normas constitucionais.

Também, a *intervenção*, quando ocorre, por força da Constituição Federal ou do que dispõe o artigo 82 do Código de Processo Civil, será obrigatória, pois a presença de interesse social ou, especificamente, de menores ou de incapazes, por exemplo, impõe a manifestação.

Outrossim, não ocorrendo a *intervenção*, deverá ser avaliada se ela era necessária, como, por exemplo, houvesse a presença de menores ou incapazes. Neste caso, em tese, se ocorreu prejuízo aos menores ou incapazes, há nulidade[22].

19 DINAMARCO, Cândido Rangel, in Fundamentos do processo civil moderno, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, p. 324, diz a atividade do juiz tem aí, portanto, caráter visivelmente fiscalizador e supletivo das deficiências das partes; tão fiscalizador e supletivo quanto é o ofício desenvolvido pelo Ministério Público. Por isso, então, dizer que todos os feitos de jurisdição voluntária, indiscriminadamente, deva oficiar o ministério Público, é imputar à lei a redundância de haver destinado duas tutelas ao mesmo valor: o juiz seria fiscal das partes, o Ministério Público seria fiscal do juiz e destas.

20 RESP. 364/SP, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 5.9.1989. Processo Civil. Ministério Público – Jurisdição voluntária – Exegese do art. 1.105, CPC – Interpretação logico-sistemática recomendada que se dê ao art. 1.105 do Código de Processo Civil inteligência que o compatibilize com as normas que regem a atuação do Ministério Público, especialmente as contempladas no art. 82 do Diploma Codificado. A presença da Instituição nos procedimentos de jurisdição voluntária somente se dá nas hipóteses explicitadas no respectivo título e no mencionado art. 82. Não conheceram.

21 RESP. 46.770/RJ, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 12.02.1997. Processo Civil – Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária. Extinção de condomínio pela venda de coisas comuns. Não-obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público. Art. 1.105, CPC. Interpretação logico-sistemática com o art. 82, CPC. Precedente da Turma. Recurso provido. I – Interpretação lógico-sistemática recomenda que se dê ao art. 1.105, CPC, inteligência que o compatibilize com as normas que regem a atuação do Ministério Público, especialmente as contempladas no art. 82 do Diploma Codificado. II – A presença da Instituição nos procedimentos de jurisdição voluntária somente se dá nas hipóteses explicitadas no respectivo título e no mencionado art. 82.

22 AGRAVO no AgInst nº 335.137/MG (2000/0101373-4). Rel. Min. Ari Pargendler. PROCESSO CIVIL. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM HIPÓTESE NÃO PREVISTA EM LEI. IRRELEVÂNCIA. A intervenção do Ministério Público, como fiscal da lei, em processo no qual ela carece de obrigatoriedade, não gera nulidade. Agravo regimental não provido.

2.2 – ***Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento "in articulo mortis" – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil:***

Essas são situações previstas na Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73. Como há, na referida Lei, imposição para que o Ministério Público exerça esta função administrativa ou, se for o caso, provoque o magistrado através de procedimento especial de jurisdição voluntária, esta determinação legal deve ser confrontada com o perfil e identidade constitucional do Ministério Público. A Constituição Federal de 1988, ao traçar o perfil para a atuação do Ministério Público, realçou a necessidade de que a Instituição estivesse identificada com os interesses maiores da sociedade. Assim, não há mais espaço para a atuação burocrática e administrativa dos membros do Ministério Público, pois a atuação deve estar comprometida com o interesse público e repercutir coletivamente.

O mais grave, ainda, que em muito desses procedimentos, o membro da Instituição é o que exerce a função administrativa, pois, como ensina Hugo Mazzilli, *o órgão do Ministério Público não requer, não se dirige ao juiz: despacha, autorizando o casamento*[23]. Estas são funções administrativas, onde não há partes, apenas interessados e o Estado definiu ao Poder Judiciário e, também, ao Ministério Público a exercício de suas funções. Tanto é verdade que, recente alteração legislativa permitiu que as separações consensuais, em que houvesse interesse, apenas, patrimonial, poderiam ser procedidas por escritura pública, em Tabelionato.

2.3 – ***Separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes:***

O direito subjetivo à dissolução consensual da sociedade conjugal é absolutamente disponível, ou seja, a qualquer momento, observados os requisitos legais, as partes podem por fim à sociedade conjugal por elas estabelecidas. Ademais, trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde não há lide, mas, apenas, controvérsia, não há partes, apenas interessados que apresentam simples requerimento ao julgador.

Cabe, também, lembrar que, com a introdução, pela Lei nº 11.441/07, do artigo

23 MAZZILLI, Hugo Nigro, in Manual do Promotor de Justiça, Editora Saraiva, São Paulo, 1987, p.

1.124-A no Código de Processo Civil, não existindo interesses de menores ou incapazes e observados os demais requisitos legais - lapso temporal, a separação e o divórcio consensual podem ser realizados inclusive por escritura pública. Ainda, ao encontro desse entendimento, cabe mencionar a existência da PEC nº 33/2007, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em 2 de agosto de 2007, da autoria do deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, que visa alterar o artigo 226, § 6 º, da Constituição Federal, para eliminar do ordenamento jurídico a separação judicial em qualquer de suas modalidades[24]. Desta feita, exigir-se a *intervenção* dos membros do Ministério Público é se posicionar na contra-mão da evolução histórica do instituto e legislativa, uma vez que esta vem procurando informalizar e simplificar a dissolução do matrimônio, por entender que tal assunto envolve a vontade privada dos cônjuges.

2.4 – *Ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens:*

Não há que se falar em alteração no estado das pessoas envolvidas, nos termos do inciso II do artigo 82 do Código de Processo Civil e, mesmo que houvesse, não se trata de interesse relevante para motivar a *intervenção* do Ministério Público. Deve ser destacado que não existe obrigatoriedade legal para *intervenção* em todas as causas referentes ao estado da pessoa – ***status familiae*** -, ao estado político – ***status civitatis*** – e direito de família, bem como não há que se falar, nesta situação, em relação ao direito indisponível.

Sobre as questões referentes aos direitos indisponíveis, vale o alerta de Mazzilli que diz que *sempre á salutar que se repense o ofício do Ministério Público, seja em face das novas e abrangentes atribuições que tem recebido, seja em face da natural evolução institucional. Contudo, esse reexame crítico supõe algumas premissas. O que tem imposto a atuação do Ministério Público, de forma predominante, é a indisponibilidade do interesse; fora daí, estamos no campo da conveniência da atuação ministerial em favor do zelo de interesses da coletividade como um todo*. Acrescenta o eminente doutrinador que *o correto seria dizer que o interesse indisponível deve ser fiscalizado pelo Ministério Público, o que não significa que a instituição só oficie em defesa de interesses indisponíveis*[25].

24 ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves, ***in*** **De Jure** – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio.
25 MAZZILLI, Hugo Nigro, Introdução ao Ministério Público, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 128.

2.5 – ***Ação ordinária de partilha de bens, envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes:***

Trata-se de direito patrimonial, disponível às partes, diametralmente opostos às determinações constitucionais para a atuação dos membros do Ministério Público.

Sobre isso, cabe referir, na esteira do entendimento de Alexandre Albagli Oliviera, membro do Ministério Público do Estado do Sergipe, que, *a título de exemplo, um litígio particular envolvendo questão patrimonial revela interesse público? Genericamente, sim. Ou há dúvidas de que o cumprimento da lei, o atingimento da justiça, a composição dos litígios revelam interesse público? Vê-se, de passagem, que encontrar interesse público em um processo é tão fácil quando encontrar água em um rio, pois ganharia Nobel às avessas quem não o enxergasse, genericamente, nas lides forenses. O que se tem em conta, entretanto, é que o interesse público que impõe a intervenção ministerial é aquele que tem repercussão social e diga respeito à sociedade como um todo*[26]. E, por isso, não se evidencia razão alguma para manifestação ministerial em temas em que envolvem apenas litígio patrimonial.

2.6 – ***Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes:***

Trata-se de direito puramente individual, passível de não ser exercitado por quem o titula, e que permite, ao titular, dispensa e, até, renúncia. Trata-se, portanto, de direito disponível às partes, não se vislumbrando interesse público que importe na *intervenção* do Ministério Público. Cabe lembrar, sempre, que o trabalho do Ministério Público tem um custo alto aos cofres públicos, não sendo razoável que dedique o seu tempo de exercício funcional para intervir em litígios em que as partes podem dispor. Não se pode obrigar à parte que cobre os alimentos ou que execute os seus créditos, pois que se trata de exercício de direito patrimonial disponível.

Ao discorrer sobre a atuação como órgão interveniente, no processo civil, Chiovenda disse que *o Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destruídas de plena capacidade jurídica*. E acrescentou, já vendo o Ministério Público como órgão agente, que *tem, da mesma forma, ação direta para*

26 OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A intervenção do Ministério Público no processo civil: um convite à reflexão no ano da debutante. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 455, 5 out. 2004. Disponível em: *jus2.uol.com.br* . Acesso em: 19 abr. 2010.

fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessam aos direitos do Estado, sempre que tal ação não se atribui a outros agentes públicos[27]. Por sua vez, Liebman que divulgou as lições de Chiovenda no Brasil, ao definir a posição como ***órgão interveniente***, disse que *o Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo* ***lato sensu****), que tem por objeto a atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por razão de utilidade geral ou social; trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao bem-estar da sociedade, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juizes ser deixada à iniciativa dos particulares*[28].

Assim, desde que foi pensada a intervenção no cível, antes do Código de Processo Civil de Alfredo Buzaid, discípulo de Liebman, o Ministério Público estaria no processo por alguma causa especial que necessitasse da atenção diferenciada do órgão de fiscalização.

O que atrai a intervenção, além da essencialidade do interesse social, é a indisponibilidade do direito. Esta regra está expressa da Constituição Federal, pois incumbe ao Ministério Público a defesa dos *interesses sociais e individuais indisponíveis*. A leitura mais apropriada do artigo 127 da Constituição Federal, talvez, fosse que incumbe ao Ministério Público a defesa dos direitos indisponíveis, sejam sociais ou individuais. A norma constitucional outorgou as esses direitos indisponíveis o sentido de inalienabilidade. Mesmo que os titulares sejam reconhecidos, não há como serem os direitos disponíveis. Deve a Instituição tutelar os interesses máximos da sociedade, defender os seus valores fundamentais, que, por terem este conteúdo, se tornam indisponíveis. Estes são os interesses a serem protegidos pelo Ministério Público.

Assim, não há que falar-se em *intervenção* em lide que trate de direitos disponíveis, a não ser que, fato especial, imponha o exercício de atribuições.

2.7 – Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos*[29]*:

27 CHIOVENDA, Giuseppe, in Instituições de direito processual civil, São Paulo, Editora Saraiva, 1943, pág. 123/124.

28 Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, Vol. 1, pág. 135.

29 RESP 21.585/PR, Quarta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Barros Monteiro, julgado em 05/11/1996. Alvará. Contrato a ser celebrado pelo espólio com a companhia energética do estado de São Paulo CESP. **Mero incidente no inventário. Inexistência de direito indisponível. Desnecessidade de**

Não é justificável a *intervenção*, pois a proteção deste direito é do testamenteiro nomeado, bem como dos herdeiros e legatários. Não há que se falar em hipossuficiência e, sequer, de necessidade de manifestação.

O fato do Código de Processo Civil autorizar que o Ministério Público, como órgão agente, esteja legitimado a requerer a abertura de testamento, por si só, não determina que deva *intervir* no procedimento. Somente é possível a *intervenção* nos casos em que, por determinação constitucional ou legal, seja identificado interesse indisponível, seja social ou individual.

2.8 – *Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes:*

O artigo 1.105 do Código de Processo Civil deve ser lido à luz do perfil constitucional do ***Parquet***, ou seja, embora a norma legal explicitamente se refira à citação de membro do Ministério Público, sua *intervenção* se dará no caso de entender presente o interesse público que a justifique, mesmo se tratando de matéria registral.

Não havendo, objetivamente, interesse público, não há como ocorrer a *intervenção*, a não ser que seja destacada a presença de razão subjetiva, que deve estar associada às regras constitucionais e de atuação previstas no artigo 82 do Código de Processo Civil.

2.9 – *Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes:*

Cabe ressalvar que, sendo a ação movida pelo trabalhador, segurado da previdência, contra a entidade autárquica, há justificativa à *intervenção* do Ministério Público, em razão da presunção de sua hipossuficiência. Nos demais casos, ausente o interesse de incapaz, a mera presença da pessoa jurídica de direito público não justifica a *intervenção*, porquanto possui quadro próprio de agentes para atuar na sua defesa e por trata-se de *interesse público secundário*.

Aliás, este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça[30].

intervenção do Ministério Público. – Tratando-se de mero incidente ocorrido no inventário, envolvendo interesse de particulares, desnecessária a audiência do representante do Ministério Público no feito. – Ainda que de procedimento de jurisdição voluntária se tratasse, a intervenção do Ministério Público era prescindível, pois, segundo a jurisprudência do STJ, a sua presença somente seria de rigor nas causas em que a lei explicitamente a reclama.

30 RESP 507386/SC, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Relator Min. José Delgado. Julgado em 3.9.2003. Previdenciário. Contribuições. Município. Legalidade da exigência. Ministério Público. Intervenção. 1. Só há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, fora das situações enumeradas no

2.10 – *Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho:*

Neste caso, apenas se justifica a *intervenção* se houver a incidência do artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, ou seja, se houver a presença de interesse de incapaz [31]. O interesse, portanto, é de natureza pessoal, disponível ao autor, pois o resultado da demanda repercute na esfera privada do requerente. Todavia, haverá razão para *intervenção* se presente o interesse público, identificado pelo controle das normas de segurança do trabalho. Para alcançar efetividade dessas normas, é necessária a atuação preventiva, o que permitirá a atuação como órgão agente.

2.11 – *Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001:*

Nas ações de usucapião de imóvel regularmente registrado, o interesse em obter o provimento jurisdicional para declaração do domínio é meramente individual e disponível ao autor. Assim, o entendimento dominante é que o artigo 944 do Código de Processo Civil não restou recepcionado pela Constituição Federal, na medida em que é incompatível com as atuais funções institucionais. Novamente, caber referir que não é o simples fato de haver uma ação que vise declarar o domínio que imporá na atuação de membro do Ministério Público. A *intervenção* deverá ocorrer quando houver a presença do interesse público, do interesse social ou do interesse individual indisponível. Todavia, a mera alteração do titular do domínio de bem imóvel já registrado ou de bem móvel não leva à *intervenção*. O que poderia justificar a *intervenção* seria o fato de não estar o imóvel registrado. Em tese, poderia se reconhecer a presença do interesse social e do interesse público quando se busca regularizar a propriedade em razão, por exemplo, da existência de um loteamento irregular, embora já consolidado de fato.

---

art. 82, do CPC, quando for manifesto o interesse público. 2. Litígio tributário (contribuição previdenciária) entre município versus INSS. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público. 3. Inexistência de cerceamento de defesa quando a causa é julgada no estado em que se encontra o processo e não há mais necessidade de provas. 4. É devida pelo município contribuição previdenciária ao INSS sobre remunerações pagas a servidores que não têm previdência privada municipal. I5. Interpretação do art. 13 da Lei n° 8.212/91. 6. Recurso especial conhecido, porém improvido.

31 RESP 126.438/PE, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Ari Pargendler, julgado em 05.02.1998. Processo Civil. Ação Proposta contra o Estado. Intervenção do Ministério Público. Hipótese em que não é obrigatória . A intervenção do Ministério Público é obrigatória quando na causa há interesse público, que não se confunde com o interesse patrimonial do Estado. Ação em que, tendo como objeto a indenização de danos resultantes de acidentes de trânsito, não há interesse público que justifique a nulidade do processo em razão da ausência do Ministério Público no processo. Recurso não conhecido.

2.12 – *Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido:*

A *intervenção* deve ocorrer após a decretação da falência, pois antes disso não se vislumbra interesse público relevante [32].

O Ministério Público mineiro, em seu Relatório Final quando da discussão da matéria[33], assim se posicionou: *vige, atualmente, a Lei n.º 11.101/05 – que dispõe inteiramente sobre a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial –, cujo artigo 4º, na redação aprovada pelo Congresso Nacional, repetia a norma do citado artigo 210. No entanto, o Poder Executivo houve por bem vetar esse dispositivo, por razões de interesse público.*

O Senhor Presidente da República, apresentando as razões do veto ao artigo 4º, explicitou que o Ministério Público continuará oficiando nos processos de falência e recuperação judicial; contudo, somente nos casos e etapas previstos na Lei. Aduziu, ainda, ***in verbis****: "O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional. Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal".*

Vê-se, claramente, que a intenção do Poder Executivo, ao vetar o art. 4º, foi a de ajustar a Lei n.º 11.101/05 ao novo perfil institucional do Ministério Público, privilegiando a sua atuação como órgão agente.

A doutrina[34] que vai se formando em torno das consequências do veto

32 AGRAVO no Resp nº 202.491 - BA (1999/0007738-5). Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª região). Processual Civil. Comercial. Agravo Regimental em Recurso Especial. Requerimento de Falência. Extinção do processo sem o julgamento do mérito. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Não-ocorrência. Arts. 10 do decreto-lei n. 7.661/45, 284, 365, e 385 do CPC. Ausência de prequestionamento da matéria. Súmulas n.ºs 282 e 356 do STF. Ausência de comprovação da qualidade do credor e da impontualidade da devedora. Entendimento obtido a partir da análise do conjunto fático-probatório. Reexame de provas. Impossibilidade, in casu. Súmula n.º 07/STJ. Oitiva do Ministério Público. Obrigatoriedade apenas após o decreto de falência. Indenização. Ausência de interesse recursal. Honorários Advocatícios. Ausência de prequestionamento.

33 http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/6540

34 COELHO, Fábio Ulhoa. In Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas. 2ª Edição.

lançado ao art. 4º da Lei n.º 11.101/05 tem apoiado essa iniciativa, principalmente sob o foco da celeridade processual e do novo perfil da instituição ministerial. De fato, a não-intervenção do Ministério Público, ***in casu****, só vem ao encontro da necessidade de se imprimir maior celeridade e otimização às atividades da Instituição, tendo-se em vista o grande número de atribuições que lhe foram reservadas pela Constituição, tais como a defesa do patrimônio público, o combate ao crime organizado, a defesa do meio ambiente e da infância e juventude, entre outras, tudo isso sem mencionar o intenso atendimento ao público, sobretudo nas comarcas do interior.*

A intervenção do Ministério Público, portanto, tornou-se desnecessária nos processos em que a massa falida seja parte – por exemplo, nos executivos fiscais que lhe forem propostos –, visto que o art. 4º da nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, o qual previa participação irrestrita do Ministério Público nos processos em tramitação fora do Juízo Falimentar, foi vetado pelo Presidente da República.

Ante tal veto, restou obrigatória a intervenção do MP somente nos casos expressa e legalmente previstos, sob pena de nulidade do processo.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a posição de que é obrigatória a *intervenção* do Ministério Público, apenas, após a decretação da falência[35].

2.13 *- Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista:*

Não há motivo determinante para *intervenção*, pois trata-se de pessoa jurídica de direito privado, na maioria das vezes litigando a respeito de interesses individuais disponíveis e com corpo de advogados a defender seus interesses [36].

São Paulo. Saraiva, 2005. pág. 29; ALMEIDA, Amador Paes de, em Curso de falência e recuperação de empresa. 21ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2005. pág. 213.

35 AGRG no Resp nº 202.491/BA, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, Relator Min. Carlos Fernando Mathias (magistrado federal convocado). Julgado em 9.12.2008. Processual civil. Comercial. Agravo regimental em recurso especial. Requerimento de falência. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Não-ocorrência. Arts. 10 do Drecreto-lei nº 7.661/45, 284, 365, III, 385 do CPC. Ausência de prequestionamento da matéria. Súmulas nº 282 e 356 do STF. Ausência de comprovação da qualidade do credor e da impontualidade da devedora. Entendimento obtido a partir da análise do conjunto fático-probatório. Reexame de provas. Impossibilidade, in casu. Súmula nº 7/STJ. Oitiva do Ministério Público. Obrigatoriedade apenas após o decreto de falência. Indenização. Ausência de interesse recursal. Honorários advocatícios. Ausência de prequestionamento. (...) Tratando-se de feito no qual o recorrente requer declaração de falência, extinto o processo sem julgamento de mérito, não há se falar em existência de massa falida e, portanto, não há obrigatoriedade na intervenção do Parquet.

36 RESP nº 34.143/SC. Recurso Especial 1993/0010310-5, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Cláudio Santos – Julgado em 18/03/1994. Processual Civil. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. A Intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse público evidencia-se pela natureza da lide ou qualidade das partes. Assim, versando a lide sobre interesses patrimoniais de entes privados despicienda a presença do Ministério Público. Acórdão por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento.

2.14 - *Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial:*

Cabe, novamente, colacionar o entendimento do Ministério Público mineiro:

A necessidade de intervenção do Ministério Público em processos nos quais figure como parte instituição sob regime de liquidação extrajudicial era aventada a partir do disposto no art. 34 da Lei n.º 6.024/74 combinado com o artigo 210 da revogada Lei de Falência.

No entanto, prevalecia na jurisprudência o seguinte entendimento:

A melhor interpretação destes dispositivos legais converge no sentido de ser necessária a intervenção do Parquet apenas no transcorrer do próprio processo de liquidação extrajudicial e não em todas as causas em que for parte a instituição financeira liquidanda. Inexiste, portanto, interesse público (art. 82, III, do CPC) a atrair a interferência do órgão Ministerial (STJ – REsp. n.º 171.238-RO, j. 19.02.2001).

Esse posicionamento consolidou-se com a entrada em vigor da Lei n.º 11.101/05, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, uma vez que o art. 4º da nova lei – na redação aprovada pelo Congresso Nacional, repetia a norma do citado art. 210 da Lei de Falências – foi vetado pelo Poder Executivo por razões de interesse público.

O Senhor Presidente da República, apresentando as razões do veto ao comando citado explicitou que o Ministério Público continuará oficiando nos processos de falência e recuperação judicial, contudo somente nos casos e etapas previstos na Lei. Aduziu, ainda, in verbis:

O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do Parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a instituição e reduzindo sua importância institucional.

Importante ressaltar que no autógrafo da nova Lei de Falências enviado ao Presidente da República são previstas hipóteses, absolutamente razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal.

O mesmo entendimento se aplica ao processo de liquidação extrajudicial no qual são previstas hipóteses absolutamente razoáveis de intervenção obrigatória do Ministério Público. Senão, vejamos:

Art. 32. Apurados, no curso da liquidação, seguros elementos de prova, mesmo indiciaria, da prática de contravenções penais ou crimes por parte de qualquer dos antigos administradores e membros do Conselho Fiscal, o liquidante os encaminhará ao órgão do Ministério Público para que este promova a ação penal.

Art . 45. Concluindo o inquérito pela existência de prejuízos será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo Banco Central do Brasil ao Juiz da falência, ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em oito dias, sob pena de responsabilidade, requererá o seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tinham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no artigo 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade.

§ 1º Em caso de intervenção ou liquidação extrajudicial, a distribuição do inquérito ao Juízo competente na forma deste artigo, previne a jurisdição do mesmo Juízo, na hipótese de vir a ser decretada a falência.

§ 2º Feito o arresto, os bens serão depositados em mãos do interventor, do liquidante ou do síndico, conforme a hipótese, cumprindo ao depositário administrá-los, receber os respectivos rendimentos e prestar contas a final.

Art . 46. A responsabilidade ex-administradores, definida nesta Lei, será apurada em ação própria, proposta no Juízo da falência ou no que for para ela competente.

Parágrafo único. O órgão do Ministério Público, nos casos de intervenção e liquidação extrajudicial proporá a ação obrigatoriamente dentro em trinta dias, a contar da realização do arresto, sob pena de responsabilidade e preclusão da sua iniciativa. Findo esse prazo ficarão os autos em cartório, à disposição de qualquer credor, que poderá iniciar a ação, nos quinze dias seguintes. Se neste último prazo ninguém o fizer, levantar-se-ão o arresto e a indisponibilidade, apensando-se os autos aos da falência, se for o caso.

Destarte, a intervenção ministerial afigura-se obrigatória somente no âmbito o próprio processo de liquidação extrajudicial.

Também, sobre este tema, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado a respeito da desnecessidade da intervenção[37].

37 AGRG no Ag nº 423.252/RJ, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator Min. Paulo Medina. Julgado em 17.06.2002. Processo Civil. Agravo regimental em recurso especial. Ausência de presquitionamento dos arts. 282 e 801 do CPC. **Intervenção do Ministério Público. Indispensabilidade somente nos autos do processo de liquidação extrajudicial. Medida cautelar satisfativa**. Observância do art do Código de Rito não foram objeto de análise e julgamento pelo Tribunal ordinário, carecendo, pois, do pressuposto específico do prequestionamento. Consoante a iterativa jurisprudência desta eg. Corte, a intervenção do **Parquet** somente se faz obrigatória no âmbito do próprio processo de liquidação extrajudicial, hipótese em que se aplica o art. 34 da Lei nº 6.024/74 c/c o art. 210 da Lei de Falências. Também é firme a jurisprudência deste Colendo Pretório quanto a não obrigatoriedade da observância do ditames do art. 259. 259, inc. V, do CPC. Incidência na espécie da Sum. nº 83/STJ. Os arts. 282, inc. V, e 801, inc. III, ambos, inc.

2.15 – *Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa:*

A simples presença da pessoa jurídica de direito público não obriga a *intervenção*, pois, como referido, existe quadro funcional específico que atua na defesa destes interesses[38]. Muito embora, sejam os recursos públicos que estejam em jogo, não se vislumbra razão para proteger o que já esta protegido, pois cabe ao Ministério Público ocupar-se com a ofensa aos demais interesses da sociedade[39].

V, do Estatuto Adjetivo Civil, apenas nas hipóteses em que a medida cautelar não se confunde com a causa principal, fato inocorrido, in casu, haja vista, conforme consta do v. acórdão recorrido, ter tido ela caráter. Satisfativo. Incidente, na espécie, o óbice relativo à Sum. n° 83/STJ. Agravo regimental desprovido.

RESP 171.238/RO, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19.02.2001: Processual civil – Execução promovida por Instituição financeira em liquidação extrajudicial – Desnecessidade de intervenção do Ministério Público como custos legis. I - Em se tratando de mera execução de crédito da instituição financeira liquidanda em face particular, desnecessária intervenção do Parquet, sobretudo porque, caso evidenciada qualquer irregularidade, poderá ser sanada no momento oportuno, qual seja, no âmbito do próprio processo de liquidação extrajudicial, de apuração de haveres, em que a atuação do Ministério Público é obrigatória e indispensável, a teor do art. 34 da Lei nº 6.024/74, combinado com o art. 210 da Lei de Falências.

38 RESP nº 23.2607/RJ, Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 17.08.2000. Processo Civil. Previdenciário. Recurso. Ministério Público. Defesa de Ente Público. Ilegitimidade. 1. Conforme entendimento pacífico, em face do disposto no art. 129, IX, da Constituição Federal, é vedado ao Parquet a representação ou defesa de pessoas jurídicas de Direito Público, mesmo porque, tais entidades possuem procuradores habilitados para fazê-lo, sendo cediço, ainda, que a simples presença de ente estatal na lide não é suficiente para caracterizar a existência de interesse público. Precedentes. 2. Recurso conhecido em parte (alínea 'c'), mas improvido.

RESP n° 137.186/GO, Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. José Delgado. Processual Civil. Interpretação do art. 82, do CPC. Ação contra Estado da Federação. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. O Ministério Público, em obediência ao disposto no art. 129, IX, parte final, está impedido de defender entes públicos. Não caracteriza interesse público, para os fins previstos no art. 82, III, do CPC, o simples fato de entidade pública figurar no pólo passivo da demanda. O conceito de interesse público posto no art. 82, III, do CPC, não tem identificação com o da Fazenda Pública quando demandada em juízo. Precedentes pela não obrigatoriedade da presença do Ministério Público como fiscal da lei nas causas contra o Poder Público, conforme levantamento jurisprudencial apresentado por Theotônio Negrão ("Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", 32a edição, pg. 187, Ed. Saraiva): STJ - RT 671/210, RTJ 93/226, 94/395, 94/899, 133/345; STF-RP 25/324; RSTJ 100/106; STJ-RT 761/210; RJTJESP 113/237, JTJ 174/262; RSTJ 14/448; RSTJ 76/157. Súmula n° 189 do STJ (em execuções fiscais). Recurso provido para afastar decretação da nulidade a sentença, determinando-se o exame do mérito da demanda (remessa oficial e apelação).

39 RESP n° 507.386, Relator Min. José Delgado, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. MUNICÍPIO. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. 1. Só há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, fora das situações enumeradas pelo art.

82, do CPC, quando for manifesto o interesse público.2. Litígio tributário (contribuições previdenciárias) entre município versus INSS. Desnecessidade de intervenção do Ministério Público. 3. Inexistência de cerceamento de defesa quando a causa é julgada no estado em que se encontra o processo e não há mais necessidade de provas.4. É devida pelo município contribuição previdenciária ao INSS sobre remunerações pagas a servidores que não têm previdência privada municipal. 5. Interpretação do art. 13 da Lei 8.212/91. 6. Recurso especial conhecido, porém, improvido.

RESP nº 47.006-PR. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Relator Min. Demócrito Reinaldo. Julgado em 17.03.1996. Processual Civil. Execução Fiscal. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Consoante entendimento assente nesta corte, o interesse a justificar a intervenção do Ministério Público no processo (Art. 82, III, do CPC) não se identifica com a Fazenda Pública que é representada por procurador e beneficiada pelo duplo grau de jurisdição, necessariamente (Art. 475. III, do CPC). A lei de execução fiscal é silente acerca da obrigatoriedade do Ministério Público no processo de execução fiscal, tendo o STJ, em ocasiões repetidas, reconhecido a desnecessidade. Recurso Desprovido.

RESP nº 72.676-PR.Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Milton Luiz Pereira. Execução Fiscal. Processual Civil. Desnecessária a intervenção do Ministério Público. Prescrição. CPC. Arts. 82, III, 84 e 246, CTN. Art. 171. Lei Num. 6.830/1980 (Art. 40). 1. O sistema processual vigente revela dúplice atuação do Ministério Público – Parte e Fiscal da Lei. Art. 499, par. 2, CPC). A qualificação "Custos Legis" tem merecido reprimenda doutrinária. 2. Os interesses sociais e individuais indisponíveis (Art. 127, CF) São pressupostos asseguradores da 'legitimidade' para integração do Ministério Público na relação processual, exercitando suas funções e influindo no acertamento do direito objeto de contradição, com os ônus, faculdades e sujeições inerentes à sua participação influente no julgamento do mérito. Esses pressupostos não são divisados na execução fiscal. 3. O interesse ou participação de pessoa jurídica de direito público na lide, por si não alcança definido e relevante interesse público faltante expressa disposição legal, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público na relação processual. Não é a qualificação da parte nem o seu interesse patrimonial que evidenciam o ' interesse público', timbrado pela relevância e transcendência dos seus reflexos no desenvolvimento da atividade administrativa, nessa linha, só a natureza da lide (no caso, execução fiscal) não impõe a participação do Ministério Público. O interesse na execução fiscal e de ordem patrimonial. 4. De regra, a obrigatoriedade participação do Ministério Público esta expressamente estabelecida na lei. 5. A palma, fica derriscada a intervenção do Ministério Público, acertado que o interesse público (art. 82, III, CPC) na execução fiscal, não se identifica como da Fazenda Pública, representada judicialmente pela sua procuradoria. 6. O privilegio deferido a Fazenda Pública (Art. 40, Lei 6.830/L980), por si, não interrompe a prescrição (art. 174, CTN). 7. Precedentes jurisprudenciais . 8. Recurso Provido, parcialmente vencido o relator.

RESP n° 80.581-SP. Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Demócrito Reinaldo. Processual Civil e Tributário. Execução Fiscal. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Correção de débito tributário. IPC da FIPE. Impossibilidade. Vinculação restrita a índices instituídos por lei federal. Matéria não sujeita a reserva legal. I- Em regra geral, a obrigatoriedade de participação do Ministério Público na relação processual deve vir expressa na lei. Na sistemática processual vigente, o interesse público justificador da presença do 'Parquet' há de ser imediato e não remoto, inexistindo entre este e o interesse da fazenda pública, que dispõe de procuradores para defendê-la em juizo e beneficia-se do do reexame necessário compulsório das decisões que lhe são desfavoráveis na espécie, o interesse ou participação de pessoa jurídica de direito público na lide, por si, não alcança definido e relevante interesse público. Faltante expressa disposição legal, de modo a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público na relação processual. Precedentes. II- Consoante jurisprudência também pacificada no ambito desta corte, o IPC da FIPE não pode ser empregado como padrão de atualização monetária de débito tributário, por não se tratar de fator de correção monetária definido em lei editada pela União. Precedentes. III- Recurso Provido, parcialmente, a unanimidade.

RESP n° 374.579-SC. Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Ementa. Tributário. Ação anulatória proposta por município. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Precedentes Jurisprudenciais do STJ. Contribuições Previdenciárias. Lei nº 8.666/93, art. 71, § 1º. Modificação introduzida nos §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, pelo art. 4º da Lei nº 9.032, de 28.04.1995. Solidariedade da Administração Pública com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91, somente a partir da publicação da lei nº 9.032/95. 1. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, somente a partir da publicação da lei n.º 9.032, de 28.4.95. 2. Desnecessária a intervenção do Ministério Público em processos em que o Estado está assistido

partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93):

Na esteira dos demais fundamentos, verifica-se não haver interesse público, nos termos da nova leitura constitucional, a ser protegido pelos membros do ***Parquet***. Não é a presença do ente público na lide que, por si só, justificaria a *intervenção*, mas sim o destino que se dá ao imóvel expropriado, bem como o tipo de imóvel envolvido. No caso da desapropriação regulada pelo Decreto-lei nº 3.365/1941, por exemplo, o que se discute é apenas o preço justo. Este interesse é puramente patrimonial e pecuniário[40].

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o interesse

---

por advogado. 3. Recursos Especiais conhecidos, mas improvidos.

AGRAVO em Resp nº 449.643–SC. Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Francisco Falcão. Processual Civil e Tributário. Ação anulatória de débito previdenciário. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. Aplicação analógica da Súmula 189STJ. Contribuição sobre autônomos e avulsos devida por município. Lei n. 866693. Ausência de interesse recursal. Art. 121 do CTN. Inexistência de prequestionamento. Na esteira da iterativa jurisprudência deste eg. Sodalício, não há obrigatoriedade de intimação do parquet para fins de intervir em processo, quando não houver uma relação imediata entre a causa e o interesse público nela contido. O mero litígio entre entes públicos não é suficiente, de per se, a que se verifique o requisito a invocar a presença indispensável do ministério público. aplicação analógica da súmula 189STJ. A alegada violação ao 71 da Lei n. 866693, ainda que reconhecida nesta sede especial, não teria o condão de alterar a parte dispositiva do aresto regional, porquanto alicerçado na Lei Complementar n. 8494, a qual não foi objeto de irresignação. Com efeito, carecedor o agravante-recorrente, neste particular, de interesse recursal, na medida em que não é possível se vislumbrar qualquer vantagem em apelo que não seja capaz de alterar a parte dispositiva do acórdão recorrido. Ausência de prequestionamento do art. 121 do código tributário nacional, motivo por que incidente, na espécie, a súmula n. 282STF. Agravo regimental desprovido.

40 RESP nº 33.247-RS. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Desapropriação. Desistência do Expropriante anos após a imissão provisória na posse. Subsistência da obrigação de indenizar. Ministério Público. Intervenção. Desnecessidade. C.P.C. Arts. 82, III, e 247, parágrafo 2º. I- Não é obrigatória a intervenção do Ministério Público em ação expropriatória. Não se aplicando a hipótese o art. 82, III, do C.P.C. II – No caso, mesmo que se entendesse necessária a intervenção do "PARQUET" por ser a parte autora uma sucessão, ainda assim cumpre dispensá-la, porquanto, no mérito, é possível decidir-se a lide em seu favor. C.P.C., Art. 247, parágrafo 2. Aplicação. (...) Recurso Especial. Conhecido e Provido.

RESP nº 10.042-AC. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Relator: Ministro José de Jesus Filho. Desapropriação. Indenização. Ministério Público. Intervenção. Face ao disposto no inciso III, do art. 82 do CPC. A intervenção do Ministério Público na causa em que figure como parte pessoa jurídica de direito público não é obrigatória. A obrigatoriedade dessa intervenção está ligada ao fato da existência do interesse público. Recurso não conhecido.

AgRg no Resp nº 724.702-CE. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Ministro: Francisco Falcão. Processual Civil e Administrativo. Ação de desapropriação. Reforma Agrária. Intervenção do Ministério Público Federal. Necessidade. Existência de interesse público. Indisponibilidade. 1. A atuação do Ministério Público, como custus legis, legitima-se na ação de desapropriação direta de imóvel rural para fins de reforma agrária, conforme estabelecido pelo art. 18, § 2º, da Lei Complementar nº 76/93, além das hipóteses abrangidas pelo art. 82 do CPC. 2. Se existe interesse público, decorrente de regra expressa, a exigir a intervenção do Ministério Público, sua participação resta obrigatória, indisponível e inderrogável, por se tratar de norma cogente. Precedentes desta Corte. Agravo Regimental provido.

público para fins de *intervenção* do Ministério Público no processo, nas hipóteses do artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil[41]. Havendo discussão com relação ao ***quantum*** indenizatório, não há interesse público primário a motivar a *intervenção*.

A Lei Complementar nº 76/93, que trata do procedimento especial para o processo de desapropriação, todavia, expressamente dispõe, em seu artigo 18, § 2º, que *o Ministério Público Federal intervirá, obrigatoriamente, após a manifestação das partes, antes de cada decisão manifestada no processo, em qualquer instância*.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem posição firmada que, com exceção da desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, embora a lei determine a *intervenção* do Ministério Público, esta não deve ocorrer se a discussão ficar restrita ao valor da indenização, não sendo aplicável, portanto, a regra do artigo 82, inciso III, do Código de Processo Civil [42].

41 RESP nº 857.942-SP, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, julgado em 15.10.2009, Relator Min. Herman Benjamin. Processo Civil. Ministério Público. Intervenção. Interesse Público. Art. 82, III, do CPC. Divergência jurisprudencial. Não-comprovação. Descumprimento dos requisitos legais. Honorários advocatícios. Revisão. Matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o interesse da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o interesse público para fins de intervenção do Ministério Público no processo, nos termos do art. 82, III, do CPC. 2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, § único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal. 3. A revisão da verba honorária implica, como regra, reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado em Recurso Especial (Súmula 7/STJ). Execpciona-se apenas a hipótese de valor irrisório ou exorbitante, o que não se afigura neste caso. 4. Recurso Especial não conhecido.

42 RESP nº 486.645-SP. Embargos de divergência em recurso especial. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 12.08.2009. RT vol. 889, pág. 205. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREA DECLARADA DE UTILIDADE PÚBLICA PARA FINS DE CRIAÇÃO DE RESERVA ECOLÓGICA.INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE.1. A intervenção do Ministério Público é obrigatória nas hipóteses elencadas no art. 82 do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade do processo nos termos dos arts. 84 e 246 daquele diploma legal. 2. A participação do órgão ministerial também é exigida, especificamente, para os casos de desapropriação direta de imóvel rural para fins de reforma agrária, nos termos do art. 18, § 2º, Lei Complementar n. 76/1993. 3. Tratando-se de ação em que se discute a desapropriação movida pelo Estado de São Paulo de área declarada de utilidade pública para fins de criação de reserva ecológica, a ausência de atuação do Ministério Público como órgão interveniente não conduz à nulidade do feito, na medida em que os dispositivos legais em referência não atribuem competência à entidade para atuar em todas as demandas expropriatórias, mas apenas quando a causa gravita em torno de litígios coletivos pela posse da terra rural – desapropriação direita para fins de reforma agrária, o que, à toda evidência, não é o caso dos autos. 3. Também não se pode dizer o caso em tela enquadra-se na segunda parte do referido dispositivo do CPC ("nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte"). Isso porque a ação de desapropriação para fins de utilidade pública envolve tão-somente interesses exclusivamente econômicos, concernentes a valor de indenização pelo imóvel expropriado ou vício do processo judicial (art. 20 do Decreto-Lei 3.365/41). Vale ressaltar que, não se discute nos autos a causa ambiental, mas simplesmente o montante da indenização cabível. Não há, portanto, que se falar em tutela de interesse público primário, referente ao interesse social ou interesse de toda a sociedade, mas sim interesse público secundário, ou seja, interesse da Administração, cuja proteção está confiada ao órgão constitucionalmente concebido para tal encargo: a Procuradoria-Geral do Estado. 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que o interesse público a justificar a obrigatoriedade da participação do Ministério Público não se confunde com o mero interesse

2.17 – Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes:

Trata-se de questão patrimonial, disponível. Ademais, o próprio Código de Defesa do Consumidor, no artigo 82, refere à defesa coletiva, assim entendida como aquela que abranja interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos[43].

Não se quer neste item, tratar do manejo da ação civil pública pelo Ministério Público, como **órgão agente**, pois estar-se-ia fugindo do exame da matéria em análise. A legitimidade ativa do Ministério Público nessas demandas tem sido tema tormentoso aos lidadores do direito.

O destaque deve ser feito à atuação do Ministério Público como órgão ***interveniente***, embora a Lei da Ação Civil Pública diga que, quando o Ministério Público não for a autor da ação, intervirá como ***custos legis***. A posição majoritária defende que deve ser identificada, no caso concreto, a importância social da demanda. Havendo relevância social ou a presença de incapazes, deverá haver a *intervenção*.

2.18 – *Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada:*

As referidas entidades são fiscalizadas pelo Ministério da Previdência, exclusivamente, a teor do que dispõe o artigo 86 da Lei nº 6.435/77, que tem a seguinte redação: *Compete exclusivamente ao Ministério da Previdência e Assistência Social velar pelas fundações que se enquadrem no conceito de entidade fechada de previdência privada, como definido nos artigos 1º e 4º desta Lei, derrogado, a partir de sua vigência, no que com esta conflitar, o disposto nos artigos 26 a 30 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário*. É, nesse sentido, o entendimento do

patrimonial-econômico da Fazenda Pública (AR 2896 / SP, relator Ministro Castro Meira, DJ 2/4/2007; REsp 652.621/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.9.05; Resp 303.806/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 25.4.05). 5. Embargos de divergência providos, determinando-se o retorno dos autos à Primeira Turma para julgamento das questões remanescentes.

43 RESP nº 121.018-MG. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 09.06.1997. Intimação. Imprensa. Nas comarcas em que exista órgão encarregado da publicação de atos judiciais, valida e eficaz a intimação por esse meio efetuada, ainda que o advogado não resida na comarca. Sendo dois advogados, basta que a publicação contenha o nome de um deles que vem atuando na causa. Ministério Público. Sua intervenção obrigatória se faz nas ações coletivas e não em todas as causas em que se litigue a propósito de relação de consumo.

Superior Tribunal de Justiça[44].

2.19 – *Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção:*

Despicienda maiores considerações. Cessada a causa que levasse à *intervenção*, não há razão para que o Ministério Público esteja fiscalizando o feito. É o que se verifica, à guisa do que ocorre quando o menor atinge a maioridade, quando então não mais se justifica a *intervenção* de membro do Ministério Público[45].

2.20 – *Intervenção em ação civil pública proposta pelo Ministério Público:*

A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, é expressa em determinar que, não ações em que o Ministério Público não for autor, deverá *intervir* como ***custos legis***. A norma procura resguardar a necessidade de realçar o papel do Ministério Público na tutela de interesses da sociedade, sejam difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que indisponíveis. A importância da atuação do Ministério Público na realização desses interesses sociais é tão ampla que, quando não for autor da ação civil pública na tutela de bens de interesse da sociedade, deverá, obrigatoriamente, *intervir* o Ministério Público no processo, fiscalizando a correta aplicação da lei às partes.

No entanto, a interpretação deve ser esta e tão-somente. Não há que se pensar que nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público para implementar direitos coletivos, deve haver outro membro do Ministério Público que venha ao processo fiscalizar a correta aplicação da lei ao caso concreto. Esta situação foge da

44 RESP nº 621.406-DF. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Relator Min. Castro Filho, julgado 25.05.2004. RSTJ vol. 189, pág. 334. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CENTRUS. PRESTAÇÃO DE CONTAS AOS FILIADOS. CABIMENTO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. I – Só há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, fora das situações específicas enumeradas pelo artigo 82 do Código de Processo Civil, quando for manifesto o interesse público, o que não se verifica na hipótese de ação de prestação de contas movida por associado em face de entidade fechada de previdência privada, por envolver questão de natureza negocial. II - Os filiados de plano de benefício prestado por entidade de previdência privada podem exigir a prestação de contas a fim de proceder à apuração dos valores pagos, mormente quando houver discrepância entre os cálculos apresentados. Recurso especial não conhecido.

45 RESP nº 2.852-PR. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Relator Min. Dias Trindade Terceira. Julgado em 18.12.1990. RSTJ vol. 18, pág. 445. Civil/Processual. Execução por Honorários de Advogado em ação de usucapião. Ministério Publico. Legitimidade para recorrer. Improcedente o pedido de usucapião cessa a causa de intervenção obrigatória do MP (art. 499 CPC), não tendo o seu representante legitimidade para recorrer de decisão, proferida em sede de execução por honorários de advogado, no que tange a incidência de correção monetária sobre os mesmos, questão apenas de interesse das partes e do advogado (art. 99 par-1 da lei 4.215/63). Acórdão por Unanimidade, não conhecer do Recurso Especial.

finalidade do processo, que é resolver os conflitos de forma objetiva, bem como a razão de existir a própria Instituição do Ministério Público, que tem a incumbência e o dever de defender os interesses maiores da sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada sobre o tema[46]. Também, na mesma linha a doutrina de Antônio Cláudio Costa Machado que diz que, *instaurado o processo civil pelo Ministério Público, o próprio órgão oficiante cumprirá o papel de fiscalizador da regularidade procedimental e da qualidade da prova realizada (mesmo quanto aos fatos que hipoteticamente levem à improcedência do pedido), se sorte a não haver a mínima necessidade de que intervenha outro órgão para, autonomamente, cumprir esse mister*[47].

2.21 – *Assistência à rescisão de contrato de trabalho:*

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 477, §§ 1º e 3º, exige que a rescisão contratual entre empregador e empregado, com mais de um (1) ano de serviço, seja assistida pelo respectivo sindicato ou feita perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, ou ainda, na falta destes pelo representante do Ministério Público ou Defensor Público.

Fica evidenciado que a assistência a ser prestada nas rescisões de contrato de trabalho envolve matéria, eminentemente, de ***direito do trabalho***, que, nos seus litígios, define à ***justiça trabalhista*** a competência para a jurisdição, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal. O artigo 128, inciso I, letra "b", da Constituição Federal, regulamentado pelos artigos 83 e 84 da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, estabelece as funções e as atribuições peculiares, específicas, exclusivas e especiais do Ministério Público do Trabalho em matéria do ***direito trabalhista***.

A ***justiça trabalhista*** é peculiar e, perante ela, atuam os membros do Ministério Público do Trabalho[48], sendo defeso a atuação, na justiça especializada, de membros do Ministério Público dos Estados. Assim, as atribuições para assistir as

46 AgRg no Ag nº 95.537/SP, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relator Min. Hélio Mosimann, julgado em 21.08.1996. Agravo regimental. Ação civil pública. Negativa de subida a recurso especial. Intervenção do Ministério Público. Reexame de provas. Sum. nº 7/stj. Desprovimento do agravo. Na ação civil pública o Ministério Público só atuará obrigatoriamente como fiscal da lei se não intervier no processo como parte (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 1º). Proposta a ação pelo Ministério Público, não há necessidade de oficiar outro órgão da mesma Instituição como fiscal da lei.

47 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa, A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 570.

48 Lei Complementar nº 75/93. Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: V – exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade.

rescisões de contrato de trabalho é do Ministério Público do Trabalho, devendo, no âmbito de sua autonomia, regulamentar a forma de atuação[49].

Cabe ressaltar que a ***justiça estadual*** tem competência residual, devendo ater-se a todas as causas que não aquelas expressas como de competência especializada, como é a ***justiça trabalhista***. No âmbito da ***justiça especializada do trabalho***, atua o Ministério Público do Trabalho, a quem cabe zelar pela ordem jurídica laboral, com o fim de manter incólume as relações trabalhistas.

2.22 – *Intervenção em mandado de segurança:*

Esta é a matéria objeto do ***procedimento de controle administrativo nº 0.00.000.000818-2009-79***, que tem como autores inúmeros Promotores de Justiça do Ministério Público baiano e que está apensado ao presente feito.

É de ser ressaltado, inicialmente, que ponderável parcela da doutrina nacional entende que a *intervenção* no Ministério Público em mandados de segurança não deve se operar mecanicamente. É majoritário o entendimento que o membro do Ministério Público deverá, após intimado, dizer se identifica o *interesse público primário* na causa, que importa na necessária *intervenção*, ou não. A manifestação de mérito, assim, deverá estar respaldada pela necessidade da intervenção. A regra é de que o *interesse público secundário* que ocorre pela presença, apenas, de interesse de pessoa jurídica de direito público não pode ser confundido com o interesse que atrai a manifestação do Ministério Público. Como conseqüência, cabe ao membro do Ministério Público examinar, caso a caso, a presença do interesse que reclama a *intervenção*.

Celso Antônio Bandeira de Mello[50] sustenta ser o interesse primário o interesse público propriamente dito, pois é o interesse comum, geral, da própria sociedade. Para ele *o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade pelo simples fato de o serem*. Por sua vez, para o

49 CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 6.959-6, Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, Julgado em 23.05.90. STF. JUSTIÇA DO TRABALHO. Competência: Constituição artigo 114: ação de empregado contra empregador visando à observação dos condições negociais de promessa de contratar formulada por empresa em decorrência da relação de trabalho. 1 – Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2 – A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, in Curso de Direito Administrativo, 22ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, 2007, pág. 58.

eminente doutrinador, o Estado, como pessoa jurídica, possui interesses que não são exclusivamente públicos, pois secundários. Diz Celso Antônio Bandeira de Mello[51] que, *além de subjetivar interesses públicos, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em correspondência com os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas concedidos em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prima extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.*

Por esta razão, parece ser equivocada a ***Resolução n° 10/03*** do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público baiano, que impõe obrigatoriedade à *intervenção* dos membros da Instituição em mandados de segurança. A doutrina e a própria jurisprudência deste Conselho Nacional consolidaram posição no sentido de que nenhuma medida pode ferir a autonomia funcional dos membros do Ministério Público. Assim, independente do que diga a referida Resolução, cabe o membro do Ministério Público examinar o feito e dizer se há *interesse público primário* que leve a sua intervenção.

Assim, no processo de mandado de segurança, o membro do Ministério Público deverá examinar se há razão que leve à sua intervenção. Jairo Cruz Moreira sustenta que *o Ministério Público somente deverá intervir no tocante ao mérito, analisando caso a caso, se o mandado de segurança envolver algum dos fundamentos que justificam o agir institucional consoante sua função constitucionalmente prevista*[52].

Com efeito, a ***Resolução n°10/03***, ao afirmar que os membros do Ministério Público do Estado da Bahia são obrigados a se manifestar, ***indistintamente***, nas ações de mandado de segurança, ***sob pena de cometerem infração disciplinar***, essa, indubitavelmente, extrapolando os limites de sua possibilidade normativa, em flagrante desrespeito à autonomia funcional de cada membro do Ministério Público e, também, à Constituição. Sobre o tema, diz Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos[53] que, *os membros do Ministério Público (Promotores e Procuradores de Justiça,*

51 Ibdem, pág. 63.

52 MOREIRA, Jairo Cruz, A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz da constituição. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2009, pág. 179.

53 VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, in Ministério Público na Constituição Federal. São Paulo, Editora Atlas, 2009, pág. 14/15.

Procuradores da República, Procuradores do Trabalho e Procuradores do Ministério Público Militar) e os órgãos do Ministério Público (tantos 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 são obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da Administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Não se vedam instruções emanadas dos órgãos da Administração Superior da Instituição, desde que as mesmas não possuam apanágio vinculativo, mas tão somente recomendativo. Assim, os órgãos superiores da instituição não podem impor ordens aos membros do Parquet, por exemplo, 'não recorra', 'não denuncie', eis que se assim agissem estariam ofendendo a autonomia funcional de seus membros, o que equivaleria, em última análise, à desobediência à Constituição.

É cediço que a independência funcional, garantia prevista no § 2º do artigo 127 da Constituição Federal, assegura ao membro do Ministério Público obediência à Constituição, às leis e à sua consciência. Possuem os membros do Ministério Público total liberdade na formação de sua convicção, não devendo submissão a ninguém no desempenho de suas funções ou atribuições. Tanto que a autoridade que venha a ofender este princípio poderá responder por crime de responsabilidade, nos termos do artigo 85, inciso II, da Constituição Federal. No âmbito do Ministério Público, como também no Poder Judiciário, não há que se falar em hierarquia funcional, apenas em hierarquia administrativa.

Assim, não pode o Colégio de Procuradores impor aos Promotores de Justiça que se manifestem, obrigatoriamente, em mandados de segurança, sob pena de cometerem infração disciplinar. É típico caso de exercício de atividade-fim. Caso o membro do Ministério Público entenda por não se manifestar no determinado processo, terá a ampará-lo vasta doutrina e sólida jurisprudência. Examinando o feito e entendendo que não há interesse primário, não há razão para ter que lançar manifestação. No entanto, se o motivo para *não-intervenção* for desídia no exercício de suas funções, caberá aos órgãos de controle de cada Instituição atuar com a firmeza que a situação exige, na correção da postura do membro do Ministério Público que deve servir aos interesses maiores da sociedade.

Ainda, sobre o tema, o eminente doutrinador Hugo Nigro Mazzili[54] diz que "*o princípio da independência funcional opõe-se precisamente ao princípio da hierarquia. Longe de ser hierarquizado, o Ministério Público brasileiro é dotado de*

54 Obra citada, p. 16.

autonomia, liberdade e independência funcional".

É nesse sentido, também, a posição do Conselho Nacional, que tem ratificado a soberania do princípio da independência funcional, na forma do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, e sedimentado jurisprudência, que restou traduzida pelo ***Enunciado de nº 6/09***, que diz: *"Os atos relativos à atividade fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, §2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição."* (Publicado no Diário da Justiça, de 18/05/2009, pág. 05).

Cabe ao Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela independência funcional dos membros da Instituição, nos termos do artigo 130-A, § 2º, inciso II, da Constituição Federal, razão pela qual entendo que os atos emanados pela Administração Superior não podem, deforma alguma, ferir as garantias e os princípios nela estabelecidos.

3 – A atuação cível do Ministério Público em segundo grau:

Inicialmente, é importante registrar a referência feita por Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo: "*decisão da causa que pudesse derivar desta espécie de consulência oficial sobre a* ***quaestio juris****, confiada a um magistrado jurista junto a um colégio de magistrados Vale repetir a advertência de Calamandrei: 'não se compreendia bem qual a contribuição prática para a exata juristas que de direito sabiam tanto quanto ele e que para interpretar bem a lei não tinham nenhuma necessidade de seu arecer"*[55].

A matéria referente a atuação do segundo grau do Ministério Público foi objeto de decisão do Colegiado no pedido de providências nº 0.00.000.000915/2007-08 e que gerou trinta novos procedimentos para que se pudesse ter a leitura real da atuação da Instituição e de seus membros perante os Tribunais. A questão, por certo, é complexa e merece a atenção deste Conselho Nacional, em razão de circunstâncias que devem expressar a efetiva posição dos membros do Ministério Público no processo civil.

O Ministério Público é uma Instituição organizada em carreira. No âmbito do

55 DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz, in Posição do Ministério Público de segunda instância no cível, Revista Justitia, Vol. 112, pág. 120.

Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, a carreira inicia com o cargo de Promotor de Justiça, em entrância inicial, e, vencidos os graus da carreira, encerra com o cargo de Procurador de Justiça. Nos demais ramos do Ministério Público da União, a carreira inicia no cargo de Procurador da República, do Trabalho ou da Justiça Militar, e encerra com o cargo de Subprocurador-Geral da República, do Trabalho ou da Justiça Militar.

A organização da carreira, todavia, não impõe diferenças entre as atribuições definidas pela Constituição Federal e por lei, a todos os membros da Instituição. Na matéria criminal, a Constituição Federal define o Ministério Público como titular da ação penal pública. Como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público é parte, ou seja, seus membros titulam a ação penal e, como tal, não há que se falar que, em segundo grau, não tenha a parte que titule a ação penal e que o membro do Ministério Público seja, apenas, fiscal da correta aplicação da lei.

O mesmo ocorre no processo civil. Em regra, até por determinação constitucional, o Ministério Público deve assumir o seu papel de órgão agente. Como tal, de modo geral, os membros do Ministério Público devem ser autores de ações para implementar os mais elementares direitos da sociedade. Todavia, a Constituição Federal e a legislação processual admitem a possibilidade de fiscalização sobre a correta aplicação da lei quando a lide preexistente tratar de direitos indisponíveis, sejam sociais ou individuais.

Assim, quando o Ministério Público promover uma demanda, atuando como órgão agente, em segundo grau continuará a ser parte, pois não há como se entender que o Ministério Público seja o autor da ação e, em segundo grau, não tenha mais autor a demanda e passe o Ministério Público a atuar, no processo, como ***custos juris***. Não há dois interesses públicos a serem tutelados. O interesse público que o Ministério Público persegue em primeiro grau não sofre transformação no segundo grau. Portanto, não havendo dois interesses públicos identificados, mas apenas um, o Ministério Público, tendo proposto uma demanda, será sempre parte a lutar pela implementação do interesse, ainda que várias causas possam determinar a sua intervenção.

A doutrina, mesmo a que trata de matéria especializada, pouco tem se preocupado com o tema. Todavia, o seu enfrentamento deve ser motivo de permanente exame e reflexão. Qual a razão e qual o papel do Ministério Público em segundo grau? A resposta a esta pergunta é de extrema importância ao perfil contemporâneo e constitucional do Ministério Público.

Quando lutaram para consolidar a posição e o destaque que é reconhecido à Instituição, neste momento histórico, os membros do Ministério Público entendiam ser necessária a intervenção em todos os processos que, de alguma forma, seja pela natureza

da lide – interesse público, ou pela qualidade da parte – ente estatal, pudessem traduzir o seu reconhecimento e a sua importância. Assim, nos termos da Lei Complementar nº 40/81 e, após, pelas referências da Lei nº 8.625/93 e Lei Complementar nº 75/93, as manifestações dos membros do Ministério Público deveriam conter os mesmos requisitos das sentenças. E, assim, hoje são as manifestações – pareceres – dos membros do Ministério Público. Como ***órgão interveniente*** o Ministério Público, por seus membros, em primeiro e segundo grau, elaboram peças que são idênticas a uma sentença e que são apresentadas antes das próprias sentenças.

Essa praxe, sem dúvida, está superada e não reflete a importância e os compromissos que têm os membros da Instituição.

Não bastasse essa como dito, o Ministério Público é organizado em carreira. Quando os membros do Ministério Público alcançam o ápice de sua formação cultural, a maturidade desejada ao exercício do cargo, a experiência vivenciada nos embates diários das lides forenses, ou seja, quando estão prontos para retribuir a sociedade o que foi gasto no período de formação e amadurecimento, os membros do Ministério Público perdem cerca de dois terços (2/3) de suas funções. Até a promoção ao último cargo da carreira, ao menos no Ministério Público dos Estados, podiam realizar todos as atribuições definidas à Instituição. Com a promoção ao último grau da carreira, passam a dar pareceres em processos que chegam ao segundo grau já instruídos e que, por vezes, não têm a mínima repercussão social. E o mais grave, não podem fazer mais do que a lei determina, o que leva, muitas vezes, à falta de motivação e à acomodação.

Esse fato tem causado, nos membros que atuam em segundo grau, graves contradições. Quando alcançam o último grau da carreira, com formação técnica e amadurecimento para atuar em todas as questões relativas ao Ministério Público, recebendo a maior remuneração paga aos membros, ao contrário de poderem atuar de forma ampla, os que titulam os cargos de segundo grau passam a atuar, apenas, como ***custos legis***, pois as suas funções e atribuições perdem importância.

Ao lado desta ilógica situação, está a questão relativa a atuação, propriamente dita, nos processos cíveis, como órgão interveniente.

Há, no âmbito da Instituição, posição que sustenta ser o membro do Ministério Público que atua em segundo grau **sempre *custos legis***. Para os que defendem esta posição, não há qualquer vinculação com a função originalmente desempenhada por membro do Ministério Público de primeiro grau. Esta posição é sustentada com base no princípio da independência funcional de todos os membros do Ministério Público. Assim, tratando-se de intervenção, por imposição do artigo 82 do Código de Processo Civil, a função em segundo grau é de ***custos legis***, apenas. Por exemplo, em uma ação de alimentos promovida por um menor contra seu pai, em razão do interesse de

incapaz, houve intervenção em primeiro grau e deve haver, também, em segundo grau, mas sem qualquer vinculação. Também, os que defendem esta posição sustentam que, mesmo nas ações propostas pelo Ministério Público na defesa de direitos indisponíveis, a atuação de segundo grau é de fiscalização e não comporta vinculação. Por exemplo, em ação de investigação de paternidade, promovida pelo Ministério Público como substituto processual, em favor de incapaz – doente mental, a atuação em segundo grau é desvinculada e pode haver posicionamento contrário ao do autor da ação.

Todavia, o posicionamento majoritário da doutrina tem indicado que a atuação em segundo grau, nas causas em que o Ministério Público, em primeiro grau, atua como órgão agente, não pode estar desvinculada da função originalmente desempenhada, sob pena de haver prejuízo ao incapaz.

O que traduz a necessidade de atuação como órgão interveniente é a presença de direitos indisponíveis, sejam sociais ou individuais. A atração da intervenção em segundo grau faz-se, sempre, pela mesma necessidade de tutela de direitos indisponíveis, definidos pela função originalmente desempenhada em primeiro grau. Não há como haver desvinculação do interesse indisponível que reclama proteção.

Não é possível se sustentar em um processo que, em primeiro grau, o Ministério Público atue como substituto processual, autorizado por lei, promovendo demandas na tutela de interesses indisponíveis e, quando o feito aporta em segundo grau, os interesses sejam abandonados ou mesmo contrariados, pois a Instituição assumiu nova função processual, não é mais órgão agente e passa a ser órgão interveniente. Quem está legitimado a propor ação civil, seja ordinária ou extraordinariamente, exerce a titularidade da demanda do começo, quando define o pedido, até a decisão final, quando do julgamento. O Ministério Público, quando legitimado, não pode ser titular de determinada ação somente em primeiro grau. Quem está legitimado é o Ministério Público e, na demanda, atua como titular da ação em primeiro e segundo grau.

Antônio Cláudio Costa Machado sustenta que, *de igual modo, e em decorrência destes argumentos, parece-nos inconcebível que, em primeira instância, preste o órgão ministerial auxílio ao incapaz como assistente e, em segunda, negue-lhe tal auxílio, prestando-o à parte contrária através de parecer desfavorável ao hipossuficiente. Nem se diga, por outro lado, que o princípio da autonomia funcional tem o condão de justificar o parecer contrário ao incapaz em segunda instância. É evidente que não, uma vez que a liberdade de consciência é limitada, a nível de expressão, pelo tipo de legitimidade que receba o órgão do Ministério Público num determinado processo. A legitimidade para coadjuvar o incapaz (art. 82, I) impossibilita o parecer desfavorável, porque não é isto que a lei espera de um assistente, e como a autorização para intervir nessa qualidade também não se*

altera, não há que se cogitar, em segundo grau, de manifestação que fuja ao escopo preestabelecido de proteção do interesse do hipossuficiente[56].

O eminente Procurador Regional da República, Paulo de Souza Queiroz, em trabalho que produziu sobre a intervenção do Ministério Público, onde deu ênfase à matéria penal, fez o alerta sobre o tema dizendo que, *no futuro, a atuação do Ministério Público como parecerista deve ser abolida, se é que de fato foi recepcionada pela Constituição*. E acrescentou, com extrema propriedade, que, *por essas e outras, temos que já é tempo de se iniciar amplo debate sobre a necessidade urgente de revisão de toda a estrutura funcional do Ministério Público, a fim de tornar a sua atuação mais racional e eficiente*. Concluiu afirmando que *a história do Ministério Público é a história do Estado, um largo caminho de democratização, que só estamos iniciando, e que por isso requer uma constante revisão crítica o que implica, ao mesmo tempo, remover, permanentemente, mitos, ficções e alienações que impeçam essa revisão*[57].

Estas reflexões sobre a atuação do Ministério Público, no cível ou no crime, em segundo grau, ocupam as discussões no âmbito da Instituição e deverão ser objeto de exame pelo Conselho Nacional. Inicialmente, em razão na necessidade da intervenção, que muitas vezes esta dissociada dos interesses da sociedade. Também, pela leitura da Constituição Federal e o que ela determina ao Ministério Público brasileiro. Ainda, pelo custo de manter estrutura a sustentar ***praxis*** superadas, deixando, por vezes de dar atenção às determinações constitucionais. Para tanto, cada unidade do Ministério Público brasileiro já tem prestado informações detalhadas sobre a atuação e conseqüências sociais do exercício das funções de seus membros, em segundo grau, situações que, brevemente, serão analisadas, também, pelo Colegiado.

4 – Quanto à recomendação:

A matéria, como exposto, é de extrema importância à Instituição. Em razão do que está sendo proposto, poderá, em regra, o Ministério Público brasileiro caminhar no sentido de otimizar seus recursos humanos, extremamente qualificados, definir políticas de atuação em áreas desatendidas pela Instituição e firmar posicionamento sobre a sua atuação no cível, como órgão interveniente, como, aliás, com muita competência, já estão fazendo o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público de alguns Estados brasileiros, onde cabe destacar a posição pioneira

56 Ibidem, pág. 598 e 599.

57 QUEIROZ, Paulo de Souza, Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau, artigo divulgado no GNPJ@yahoogrupos.com.br, por César Novais.

do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, seguido pelos Ministérios Públicos do Estado de Santa Catarina, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro.

Para tanto, como já tem decidido este Colegiado, as ***recomendações***, quando expressadas, não têm caráter normativo, mas meramente regulamentar, pois orientam o exercício de atividade-fim, que são definidas por lei e possuem proteção constitucional.

No entanto, as ***recomendações*** dão legitimidade à necessidade de que seja traçado o perfil de atuação nacional do Ministério Público. É importante à Instituição que sejam definidas as hipóteses de não-intervenção, através de recomendação aos membros, pois não pode o Ministério Público abdicar de sua função de orientação e de fiscalização, com prejuízo claro ao conceito que, ainda, desfruta perante a sociedade.

Deve ser realçado, ainda, que as ***recomendações***, que possuem este caráter regulamentar e interno, possam ter repercussão geral na Instituição. Evidente que não haveria repercussão a decisão de recomendar, apenas, sem conseqüência alguma. Todavia, em razão da ***recomendação***, deve ocorrer a repercussão das questões discutidas neste feito, que informariam as razões para a mudança estratégica do Ministério Público.

As decisões do Conselho Nacional têm caráter administrativo e devem, sempre, respeitar as autonomias da Instituição. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência firmada no sentido de que os Conselhos Nacionais foram criados para fortalecer as autonomias e não para mitigá-las. Todavia, o tema proposto é de fundo e de extrema importância ao Ministério Público. Poder-se-ia, numa leitura inicial, entender que se estaria ingressando na atividade-fim dos membros do Ministério Público, o que é defeso ao Conselho Nacional. No entanto, só aparentemente a questão trata de atividade finalística. Ajudar a planejar a Instituição é atribuição do Conselho Nacional, bem como importa ao Colegiado o controle administrativo e financeiro do Ministério Público. Se, por praxes equivocadas, a Instituição tem perdido a capacidade de dar atenção a questões de interesse da sociedade, deixando de lado o seu caráter essencial, deve o Conselho Nacional ***recomendar*** o ajustamento de rumo à Instituição, indicando caminhos que possam ser seguidos, no sentido de utilizar, com maior eficiência, os seus recursos humanos – membros e servidores, que hoje atuam em demandas sem repercussão social, bem como que os orçamentos sejam compatíveis com os compromissos da Instituição na efetivação dos graves compromissos sociais.

São inúmeras as áreas de atuação social desprezadas pela Instituição ou, até mesmo desconhecidas, pois, por vezes, o Ministério Público opta pelo caminho da praxe tradicional, que é mais fácil e de seu pleno conhecimento, e não observa que, na

sua porta, fora dos gabinetes, está o cidadão e a sociedade clamando por maior atenção.

A ***recomendação*** deve traduzir o impacto subjetivo que advém do resultado de sua repercussão. A questão tratada é revestida de grande interesse social. A sua repercussão, o seu resultado e os seus efeitos ocorrerão em todo o Ministério Público, na atuação de cada membro, que se traduzirá na mudança do perfil de atuação da própria Instituição. Cabe emprestar ao tema, a lição de Bruno Dantas, eminente membro do Conselho Nacional do Ministério Público. Em sua obra sobre a repercussão geral, norma constitucional e processual que pode refletir das decisões do Supremo Tribunal Federal, Bruno Dantas faz uma abordagem sobre a extensão da repercussão geral, que, no âmbito da competência administrativa restrita deste Colegiado, pode ser aproveitado. Quando fala da repercussão geral, examinando a questão do interesse público primário e secundário, entende ter ela, a repercussão, um *conceito mais amplo, de modo que, sempre que houver interesse social, estará caracterizada a repercussão geral, porém a recíproca não é verdadeira*[58].

Com o olhar ao presente procedimento, por certo, há de se concluir que o acertamento da forma de *intervenção* no cível, pelo Ministério Público brasileiro, terá profunda repercussão social, pois importará na necessidade de (re)planejar a atuação da Instituição.

5 – Conclusão:

Ante o exposto, primeiramente, **voto** para que seja expedida recomendação aos Ministérios Públicos para que, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção no cível, também por recomendação interna, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos referidos.

Ainda, no que se refere ao ***Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000818/2009-79***, **voto** no sentido de acolher o pedido, para que seja dada interpretação à ***Resolução 10/03***, do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, no sentido de que não tenha caráter vinculativo, apenas de recomendação. Também, não há como prevalecer a norma que impõe responsabilidade disciplinar ao membro do Ministério Público que, com base em suas convicções, em obediência a Lei e a sua consciência, deixa de intervir em mandado de segurança.

Por fim, **voto** no sentido de que o Conselho Nacional recomende aos

58 DANTAS, Bruno, in Repercussão geral, São Paulo, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 239.

Ministérios Públicos que, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo e, também, repensar as funções exercidas por membros e servidores da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

Brasília, 27 de abril de 2010.

CLÁUDIO BARROS SILVA
Conselheiro

Controle Administrativo de Questão Judicializada.
Impossibilidade.

PROCESSO Nº 0.00.000.000555/2010-31
RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA
REQUERENTE: MAURÍCIO ANDRÉ BARROS PITTA E OUTROS
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS
OBJETO: Requer, de imediato, a suspensão de qualquer procedimento de promoção ou remoção para a 1ª Promotoria de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado de Alagoas, com a desconstituição do ato administrativo 01/10 do Conselho Superior daquele Estado. Pedido liminar.

ACÓRDÃO

1. Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo instaurado por Maurício André Barros Pitta, Promotor de Justiça de 3ª entrância, George Sarmento Lins Júnior, Promotor de Justiça de 3ª entrância e Denise Guimarães de Oliveira, Promotora de Justiça, todos membros do Ministério Público do Estado de Alagoas, com vistas ao controle do ato decorrente da publicação de Edital de Promoção n° 01/2010, para preenchimento do 10º cargo de Procurador de Justiça Criminal, a ser provido em promoção, pelo critério de merecimento, uma vez que o Conselho Superior do Ministério Público alagoano realizou, em 17 de março de 2010, sessão eivada de nulidade pelos vícios formais e materiais que se expõe.

2. Aduzem que o Promotor de Justiça promovido, Márcio Roberto Tenório de Albuquerque, concorreu à mencionada promoção, exercendo o cargo de Secretário do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Alagoas, cargo este de livre indicação e exoneração do Presidente do Conselho Superior e Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Tavares Mendes, integrando naquele momento sua equipe de administração.

3. Outra concorrente, a Dra. Silvana de Almeida Abreu, exercia o cargo de Assessora da Corregedoria Geral do Ministério Público, cargo este de indicação do Corregedor-Geral do Ministério Público, membro nato do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas, também integrante da administração da Corregedoria Geral.

4. Igualmente, concorreu a promoção, o Promotor de Justiça Afrânio Roberto Pereira de Queiroz, que no exercício do cargo de Secretário do Colégio de Procuradores

de Justiça também integra a administração do atual Procurador-Geral de Justiça e Presidente do Conselho Superior do Ministério Público. Asseveram, ainda, que este mesmo candidato não poderia ter sido votado no primeiro escrutínio, uma vez que não teria figurado em listas de promoção por merecimento anteriores, conforme informações prestadas pela própria Corregedoria-Geral. Os Requerentes esperavam que a reunião fosse suspensa, com tal informação, para que fosse feita a retificação ou ratificação do ato, mas a suspensão não ocorreu, ao contrário prosseguiu com a determinação de que fosse considerado que o mesmo já teria figurado em listas anteriores.

5. Alegam que nem o Procurador-Geral e Presidente do Conselho Superior, nem o Corregedor-Geral, membros natos do Conselho, declararam-se impedidos, votando nos três indicados para compor a lista tríplice. Todos os votados exerciam cargos de confiança na administração superior do Ministério Público alagoano. Ainda utilizam como fundamento do pedido jurisprudência deste Conselho Nacional do Ministério Público, que em decisão Liminar proferida no Procedimento de Controle Administrativo n° 0.00.000.000140/2009-24 de relatoria do Conselheiro Nicolao Dino, declarou-se o impedimento dos Conselheiros que ocupavam cargos de confiança do Procurador-Geral de Justiça de participar do procedimento de promoção por merecimento em que o Chefe da Instituição era candidato.

6. Ao final registram que não foram observados os comandos legais para a referida promoção, quais sejam: número de vezes em que os candidatos figuraram em listas anteriores; cursos frequentados e de pós-graduação com a respectiva gradação; publicações e livros na área jurídica, entre outros e requereram liminarmente:

a) a suspensão de qualquer procedimento de promoção ou remoção da promotoria de justiça antes ocupada pelo agora Procurador de Justiça, Dr. Márcio Roberto Tenório de Albuquerque, para evitar a criação de um fato consumado e irreversível que poderá causar graves prejuízos aos peticionários;

b) requisição da Ata da Sessão do Conselho Superior do Ministério Público Alagoano com os votos fundamentados de cada conselheiro; e

c) determinar que a Corregedoria-Geral do Ministério Público de Alagoas e a Secretaria do Conselho Superior do Ministério Público de Alagoas informem por certidão a data em que o Promotor de Justiça Afrânio Roberto Pereira de Queiroz figurou anteriormente em lista de promoção por merecimento ao cargo de procurador de justiça, para que se possa aferir se o mesmo poderia ter sido votado no l° escrutínio como remanescente de lista.

7. Em um exame preambular, proferi Decisão Liminar concedendo a medida pleiteada, suspendendo qualquer procedimento de promoção ou remoção da promotoria antes ocupada pelo agora Procurador de Justiça Márcio Roberto Tenório

de Albuquerque. Na mesma decisão solicitei informações, por meio do expediente nº 031/2010/SG/GAB/FMRAS-CNMP, ao Procurador-Geral de justiça do Estado de Alagoas que tempestivamente encaminhou o solicitado, conforme documentos de fls. 29/93.

8. No mesmo contexto foram solicitadas, por meio do Ofício nº 032/2010/SG/GAB/FMRAS-CNMP, informações ao Dr. Márcio Roberto Tenório de Albuquerque, na qualidade de terceiro interessado que foram acostadas aos autos às fls. 94/250.

Em síntese, é o relatório.

9. Após o recebimento das informações mencionadas no relatório, pude constatar, conforme documentos de fls. 52/53, que existe processo judicial tramitando na 16ª Vara Cível da Capital/Fazenda Estadual/Foro de Maceió, protocolizado sob o nº 001.10.007184-9 com sentença exarada e mesmo objeto do presente Procedimento de Controle Administrativo. Portanto. Revela-se impossível a análise de mérito por este Conselho Nacional, uma vez que não lhe compete, adentrar no debate com risco a atingir decisão judicial, ou nela intervir, por razão de segurança jurídica e respeito à função jurisdicional, evitando-se, assim, possíveis pronunciamentos conflitantes.

10. Pelo exposto, revogo a decisão liminar concedida (fls. 19/21) e determino o arquivamento deste Procedimento de Controle Administrativo, nos termos do art. 46, inciso X, alínea "b" , do RICNMP.

Pub1ique-se.

Brasília, 26 de abril de 2010

FRANCISCO MAURÍCIO RABELO DE ALBUQUERQUE SILVA

Relator[1]

1 Art. 46 Compete ao Relator: [...]

X – sem prejuízo da competência do Plenário, decidir monocraticamente nas seguintes hipóteses: [...]
b) quando houver manifesta falta de interesse ou perda de objeto;

RELATOR: Conselheiro Francisco Maurício
REQUERENTE: Maurício André Barros Pitta e outros
REQUERIDO: Ministério Público do Estado de Alagoas

EMENTA

RECURSO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE REVOGOU DECISAO LIMINAR CONCEDIDA E DETERMINOU O ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. QUESTAO JUDICIALIZADA. IDENTIDADE DE OBJETOS ENTRE DEMANDAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. PREVALÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE A ADMINISTRATIVA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Recurso interno interposto em face de decisão que revogou decisão liminar concedida e determinou o arquivamento dos presentes autos.

2. O objeto da demanda encontra sob análise do judiciário, o que impede este Conselho Nacional de analisar o mérito.

3. Prevalência da decisão da instância judicial sobre a da administrativa.

4. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em negar provimento ao presente Recurso, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Francisco Maurício.

Brasília (DF) , 17 agosto de 2010.

Conselheiro **ALMINO AFONSO FERNANDES**
PROCESSO N° 0, 00.000.000555/2010-31
RELATOR: Conselheiro Francisco Maurício
REQUERENTE: Maurício André Barros Pitta e outros
REQUERIDO: Ministério Público do Estado de Alagoas

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Interno interposto pelos requerentes, visando a reforma da decisão que determinou o arquivamento do presente feito, tendo em vista que a questão foi judicializada, tramitando o processo judicial perante a 16ª Vara Cível de Maceió/AL.

Não satisfeitos com a mencionada decisão, interpuseram o presente recurso, afirmando que a ação judicial não possui o mesmo objeto deste PCA, e que os procedimentos administrativos e judiciais pertencem a instâncias estanques, que são independentes acerca de suas competências.

No mais, adoto o bem lançado relatório de fls. 291/292.

VOTO - VISTA

O pedido de vista formulado, após o voto proferido pelo insigne relator, justificou-se pelo fato de este Conselheiro ter sentido a necessidade de analisar com mais acuidade os contornos do processo judicial, visando aferir se há identidade de objetos.

Pois bem. Após detida análise dos autos, concluo que realmente os objetos de ambas as demandas, judicial e administrativa, são idênticos, motivo pelo qual o recurso merece ser improvido.

Assim, em que pese a plausibilidade do direito invocado neste feito, a dualidade de jurisdição acaba por impor o posicionamento já manifestado pelo ilustre Relator destes autos.

Com efeito, a sentença judicial proferida nos autos n° 001.l0.007184-9, bem demonstra a identidade de pedidos, conforme comprova o seguinte trecho:

> *"Também, do que consta dos autos não se vislumbra qualquer situação de violação a direito do impetrante ou de ilegalidade nos atos dos Conselheiros que acolheram o nome do Promotor Márcio Roberto Tenório para integrar a lista tríplice deste ano, o qual foi escolhido para ocupar a vaga de Procurador de Justiça do Ministério Público Estadual de Alagoas. Diante do exposto com fundamentos nos artigos 1° e l0° da Lei 12.016/2009, denego a segurança pleiteada, pela ausência de direito líquido e certo do impetrante ou ato ilegal ou abusivo da autoridade" - Fl. 294.*

Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do TJ/AL, constatei que o requerente apelou da sentença, estando o mandado de segurança em grau de recurso, tendo ultrapassado o juízo de admissibilidade.

Ora, entendo que o presente recurso interno deve ser improvido, pois é irreprochável a decisão que determinou o arquivamento do processo sem julgamento do mérito, entendendo ser inadmissível a dualidade das instancias administrativa e judicial.

Como se sabe, são independentes as instâncias cível, administrativa e penal, de modo que qualquer decisão eventualmente tomada não terá o condão de interferir na esfera jurídica dos requerentes, em virtude da primazia da decisão judicial, que julga a lide com definitividade, não havendo interesse-utilidade para o requerente qualquer decisão tomada por este Conselho.

Sendo assim, é evidente que o requerente não possui interesse de agir, já que de forma alguma sua situação jurídica pode ser modificada, pois a questão ora debatida foi submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Frise-se, de outro norte, que em se tratando de regime jurídico administrativo, importam as normas que buscam atender aos interesses públicos, é dizer, refere-se ao conjunto dessas regras que visam a esse fim. Normalmente, para atingir esses objetivos, as normas jurídicas desse tipo de regime jurídico concedem uma posição estatal privilegiada, ou seja, o Estado localiza-se num patamar de superioridade em relação ao particular, justamente por defender o interesse de toda uma coletividade.

Dessa forma, surgem os dois princípios basilares do Direito Administrativo: supremacia do Interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.

No entanto, ainda que a importância do Direito Administrativo seja patente, as controvérsias em matéria administrativa decididas pelo órgão executor não fazem

coisa julgada material, cabendo ao Judiciário essa incumbência. Então, algum pedido que seja dirigido à Administração Pública e por ela negado, pode ser revisto, como regra geral, pelo Judiciário (CF, art. 5°, XXXV). Veremos adiante que, quanto ao mérito administrativo, o Judiciário nada pode fazer.

Então, no Brasil, cabe somente ao Poder Judiciário dizer o Direito (juris dicere) de forma definitiva, no caso concreto. Isso não afasta a possibilidade de se recorrer administrativamente de qualquer lesão ou ameaça a direto. Porém, as decisões nessa instância, repita-se , sempre estarão sujeitas ao crivo do Judiciário.

Aqui cabe uma importante distinção, destacando a diferença entre unicidade e dualidade de jurisdição. A Jurisdição é una, como no Brasil, quando apenas a um órgão se defere a competência de dizer o Direito de forma definitiva, é dizer, fazendo coisa julgada material (CF, art. 50, XXXVI). De outro lado, diz-se que é dual quando há previsão de que dois órgãos se manifestem de forma definitiva sobre o Direito, cada qual com suas competências próprias. Ocorre tal dualidade na França, onde as decisões em matéria administrativa fazem coisa julgada material, enquanto que cabe ao Judiciário manifestar-se sobre os demais assuntos. Assim, na França, uma decisão administrativa não pode ser revista pelo Judiciário. Como já se disse, o Direito Administrativo pátrio tem forte influência do Direito francês, sendo que a principal diferença entre ambos os sistemas está justamente na dita natureza judicante da decisão do contencioso administrativo francês.

Apenas para clarear, não se confundam os conceitos de dualidade de jurisdição e duplo grau de jurisdição. Este refere-se à possibilidade de recorrer da decisão de primeira instância, para que seja novamente analisado o caso por outra superior, dentro do Judiciário. Portanto, se um caso está pendente de solução na esfera administrativa, e inicia-se ação (perante o Judiciário) tratando do mesmo tema, a decisão administrativa fica prejudicada, posto que sempre valerá a judicial. Assim, o processo administrativo será arquivado sem decisão de mérito.

A eleição da via administrativa ou judicial é opção do interessado. Porém, uma vez acionado o Judiciário, não caberá mais a primeira via, pois a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a administrativa.

FORTE EM TAIS FUNDAMENTOS , acompanho *in totun* o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator, para manter a decisão de arquivamento hostilizada.

É como voto.

Brasília, 16 de agosto de 2010.

ALMINO AFONSO FERNANDES

Conselheiro do CNMP

Processo Administrativo. Princípio da publicidade.
Sigilo. Exceção.

PROCESSO Nº 0.00.000.001493/2009-41
RELATOR PARA O ACÓRDÃO: CONSELHEIRO MARIO BONSAGLIA
REQUERENTE: PROCURADOR REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO
REQUERIDO: CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
OBJETO: Aplicabilidade do princípio da publicidade em procedimento administrativo.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. FEITO DISCIPLINAR DA CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ACESSO À DECISÃO DE ARQUIVAMENTO NEGADO AO REQUERENTE. CARÁTER EXCEPCIONAL DO SIGILO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, XXXIII, 37 E 93, IX E X, C/C ART. 129, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CABIMENTO DA ALEGAÇÃO DE SIGILO. DIREITO DE ACESSO DO REQUERENTE AOS AUTOS DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR E À DECISÃO PROFERIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O sigilo, nos processos administrativos, inclusive disciplinares, só é admitido em caráter excepcional, dada a regra constitucional da publicidade, consagrada nos arts. 5º, inciso XXXIII, 37 e 93, incisos IX e X (C.C. art. 129, § 4º), da Constituição Federal.

2. Mesmo nos casos em que cabível o sigilo do procedimento administrativo-disciplinar, seu julgamento é público (art. 93, inciso X, da CF).

3. Não se pode negar a qualquer interessado o acesso ao procedimento por ele mesmo provocado, bem como cópia da decisão proferida.

4. Demais disso, no caso concreto, o requerente exerce a função de Procurador Regional Eleitoral, responsável pela direção dos trabalhos do Ministério Público Eleitoral no âmbito estadual (art. 77, caput, da Lei Complementar nº 75/93), e o procedimento em tela versa sobre suposta irregularidade praticada por Promotor Eleitoral no exercício de suas funções.

5. Procedimento de Controle Administrativo julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, em julgar procedente o presente Procedimento de Controle Administrativo, nos termos do voto do Conselheiro Mario Bonsaglia, que passa a integrar o presente, vencido o Conselheiro Relator, que julgava o pedido improcedente e determinava o fornecimento, ao requerente, de certidão noticiando o motivo ensejador do arquivamento do procedimento disciplinar em questão.

Brasília, 27 de abril de 2010.

MARIO BONSAGLIA
Relator

VOTO - VISTO

Adoto o bem lançado relatório de fls. 130/132.

No mérito, com a devida vênia ao entendimento esposado pelo Eminente Conselheiro Relator, tenho que não pode ser negado ao requerente o pleno acesso às informações constantes do procedimento disciplinar instaurado.

De um lado, tem-se que, como se verá adiante, não vigora mais no direito brasileiro o sigilo automático dos feitos disciplinares. De outro lado, é certo que, ainda que se tratasse de hipótese de sigilo, este não poderia ser oposto ao requerente das providências disciplinares, sobretudo quando se tem em conta seu evidente interesse jurídico decorrente da condição de Procurador Regional Eleitoral.

1. A regra da publicidade dos processos judiciais e administrativos

Inicialmente, é sabido que o contexto normativo emanado da Constituição, desde sua redação original, afigura-se garantidor do princípio da publicidade. Com efeito, já o art. 5º enuncia a publicidade e o direito à informação como garantias fundamentais:

Art. 5.º. (...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(...)

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; (...)

Sendo inequívoco que os dispositivos contidos no art. 5º da Constituição estabelecem direitos e garantias do cidadão em face do Estado, pode-se afirmar que tais normas devem ser sempre interpretadas favoravelmente aos indivíduos que protegem, tomando-se as exceções em sentido estrito.

Sob tal premissa, verifica-se que os dispositivos supracitados estatuem o direito de todos à informação e à publicidade dos atos processuais, havendo de ser interpretadas com cautela as ressalvas consistentes na restrição da publicidade, aplicáveis somente quando tal restrição seja "imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" e nos casos em que "a defesa da intimidade e o interesse social o exigirem". Tais hipóteses de sigilo não podem ser alargadas para abranger, pois, todo e qualquer procedimento disciplinar.

Nesse sentido, cumpre transcrever ementa de lapidar julgado do C. Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. HABEAS DATA. MILITAR DA AERONÁUTICA. MATRÍCULA EM CURSO DA ECEMAR. PEDIDO INDEFERIDO. ACESSO A DOCUMENTOS FUNCIONAIS. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO. REGRA CONSTITUCIONAL BASILAR: PUBLICIDADE. EXCEÇÃO: SIGILO. ORDEM CONCEDIDA.

1. "O 'habeas data' configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros existentes; (b) direito de retificação dos registros errôneos; e (c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos.

2. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem" (HD 75/DF, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Informativo STF 446, de 1º/11/2006).

*2. **A exceção ao direito às informações, inscrita na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, contida na expressão "ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado", não deve preponderar sobre a regra albergada na primeira parte de tal preceito.** Isso porque, embora a Lei 5.821/72, no parágrafo único de seu art. 26, classifique a documentação como sendo sigilosa, tanto quanto o faz o Decreto 1.319/94, não resulta de tais normas nada que indique estar a se prevenir risco à segurança da sociedade e do Estado, pressupostos indispensáveis à incidência da restrição constitucional em apreço, opondo-se ao particular, no caso o impetrante, o legítimo e natural direito de conhecer os respectivos documentos, que lastrearam, ainda que em parte, e, assim digo, porque deve existir, também, certo subjetivismo na avaliação, a negativa de sua matrícula em curso da Escola de Comando e Estado Maior da Aeronáutica – ECEMAR, como alegado.*

*3. **A publicidade constitui regra essencial, como resulta da Lei Fundamental, art. 5º, LX, quanto aos atos processuais; 37, caput, quanto aos princípios a serem observados pela Administração; seu § 1º, quanto à chamada publicidade institucional: 93 incisos IX e X, quanto às decisões judiciais, inclusive administrativas, além de jurisprudência, inclusive a Súmula 684/STF, em sua compreensão. No caso, não há justificativa razoável a determinar a incidência da exceção (sigilo), em detrimento da regra**. Aplicação, ademais, do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como bem ponderado pelo órgão do Ministério Público Federal.*

4. Ordem concedida.

(HD nº 91, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 16/04/2007 – grifo nosso).

No caso destes autos, constata-se que o sigilo recaiu sobre procedimento que apurava o fato de um Promotor Eleitoral do Estado de São Paulo ter interposto Recurso Especial diretamente ao Tribunal Superior Eleitoral, com alegada usurpação da competência do Procurador Regional Eleitoral. Ora, estaria em jogo aí a segurança da sociedade e do Estado? Estaria envolvida a intimidade do nobre membro do *Parquet*? Parece claro que não, de modo que a aposição de sigilo aos autos não se poderia fazer sem o apelo a uma interpretação bastante ampliativa dessas exceções, o que é absolutamente vedado pelos princípios basilares de hermenêutica jurídica.

Assentadas tais ponderações, tem-se que a alegação deduzida pelo Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo em suas informações (fls. 46/74), no sentido de que as exceções abstratamente contidas nas normas supra transcritas

serviriam a fundamentar a negativa de acesso às informações sobre o procedimento administrativo instaurado naquela Corregedoria, parece transformar, *data venia*, tais restrições em direitos fundamentais, e estes em exceções. Ora, como dito, as hipóteses de sigilo são estritas, e, no caso dos autos, não se verificam.

Em se tratando de procedimento administrativo, cabe aqui invocar também o preceito do art. 37, caput, da Constituição:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,* ***publicidade*** *e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

Mais uma vez, evidencia-se a regra da publicidade a reger toda a Administração Pública, regra essa que, como é cediço, ganha prestígio em nosso ordenamento jurídico como reação ao período ditatorial, no qual o segredo era não raro aliado das iniquidades constantemente perpetradas contra os direitos individuais.

Nesse passo, não bastassem as normas já existentes em apoio ao princípio da publicidade, cumpre destacar que este restou extraordinariamente fortalecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário), que modificou a redação dos incisos IX e X do art. 93 da Constituição Federal, que ora dispõem:

> *Art. 93 (...)*
>
> *IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*
>
> *X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (...)*

Com efeito, foi acrescentado ao art. 93, inciso IX, do texto constitucional expressão restringindo drasticamente as hipóteses de declaração de sigilo, que passa a ser cabível apenas "em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação"[1], e não mais

1 Confira-se, em destaque, o contraste entre a redação original e a redação atual do dipositivo em tela:

"IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes" (redação original);

com base meramente no conceito indeterminado de "interesse público".

E, de modo a eliminar quaisquer dúvidas em relação ao caso ora em debate, a nova redação conferida ao inciso X do mesmo art. 93 deixa claro que as decisões administrativas, inclusive as disciplinares, devem ser tomadas "em sessão pública"[2]. Assim é que a Constituição Federal passou a impedir o segredo também nos julgamentos administrativos dos tribunais, o que se aplica, por força do art. 129, § 4º, aos julgamentos administrativos no âmbito do Ministério Público.

Evidentemente, todo o ordenamento infraconstitucional deve ser lido à luz da sistemática de proteção à transparência firmada pela Constituição da República, sobretudo após a alteração promovida pela EC 45/2004. Debaixo de tal perspectiva, invocar a legislação ordinária aplicável ao Ministério Público, em especial os arts. 26, inciso IV, da Lei nº 8.625/93, e 104, inciso VII, da Lei Complementar Estadual nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), como constou das informações apresentadas a fls. 46/74, consubstancia, com a devida vênia, inversão na hierarquia das normas jurídicas.

Vale dizer, ainda que fossem considerados válidos tais dispositivos legais ante as normas já albergadas na redação original da Constituição, analisadas acima, não haveria dúvida de que o ordenamento constitucional assistiu à derrogação de tais normas pelo art. 1º da EC nº 45/2004, norma superior e posterior que impôs a transparência das decisões administrativas, sejam disciplinares ou não.

A propósito, vale citar o seguinte julgado do C. STJ:

> *ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDENAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. SANÇÃO DE DISPONIBILIDADE. NULIDADE NA INSTAURAÇÃO. INEXISTÊNCIA.* ***VOTAÇÃO PÚBLICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E PUBLICAÇÃO INTEGRAL DO ACÓRDÃO EM OFENSA AOS §§ 6º E 7º DO ART. 27 DA LOMAN. NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO ART. 93, INCISOS IX E X DA CF****. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.*

"IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, ***em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação****" (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).*

2 Vale conferir, aqui também, o contraste entre a redação anterior e atual do dispositivo:

"X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros" (redação original);

"X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros" (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

(...)

*4. **Os §§ 6º e 7º do art. 27 da LOMAN devem ser compatibilizados com os incisos IX e X do art. 93 da CF que determina que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos e motivadas as suas decisões. Precedente desta Corte: RMS 1.013/PR, Rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, DJU 25.05.1992.***

(...)

7. Recurso Ordinário desprovido.

(RMS nº 24.915-PA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 17/12/2007 – g.n.)

Todas as considerações até aqui expendidas permitem concluir que o critério a ser empregado para nortear a declaração de sigilo de um procedimento administrativo não é meramente a natureza disciplinar do caso.

Na verdade, a teor dos dispositivos constitucionais examinados, o afastamento da publicidade nos processos judiciais e administrativos só se admite uma vez verificados simultaneamente dois pressupostos: (i) a existência de tema concernente à segurança do Estado, ou de direito à intimidade a ser resguardado; e (ii) a aferição de que a proteção a esse direito à intimidade não prejudicará o interesse público à informação (art. 93, inciso IX, da CF). Ainda assim, cumpre ressaltar que os julgamentos administrativos – e, por conseguinte, o inteiro teor das decisões – são públicos (art. 93, inciso X, da CF).

2. Da ilegalidade do sigilo no caso concreto

Não fosse suficiente, para afastar o sigilo, a verificação de que as normas legais invocadas para fundamentá-lo incompatibilizam-se com normas constitucionais vigentes, ainda mais impertinente mostra-se a negativa de publicidade quando se observa não estar a mesma amparada, no caso concreto, sequer pelos dispositivos legais suscitados.

Com efeito, o próprio requerido afirma que, nos termos da Lei Complementar nº 734/93, do Estado de São Paulo, a disciplina quanto à divulgação das penas é diversa, de modo que só as penalidades de advertência e censura são aplicadas reservadamente. Ora, no caso sob análise, nenhuma dessas sanções foi aplicada, tendo sido o feito, ao que se colhe, arquivado, com expedição de recomendação. Assim, verifica-se que tal decisão deixou de ser publicada não por determinação legal, mas, consoante informado pelo requerido (fls. 55), por força de norma infralegal (Ato Normativo nº 2/03) da própria Corregedoria, em verdadeira criação administrativa de hipótese de sigilo.

Em suma, exsurge dos autos a impertinência de se negar acesso ao procedimento administrativo instaurado e à decisão nele proferida, seja porque o feito não se encontra acobertado por nenhuma das estritas hipóteses constitucionais de sigilo, seja porque as hipóteses legais de sigilo tampouco se fariam aplicáveis.

3. Da legitimidade do requerente para acessar os autos do procedimento administrativo

A impropriedade do sigilo fica ainda mais nítida quando se tem em conta outra peculiaridade do caso, qual seja: a circunstância de que as informações foram negadas ao próprio requerente do feito, Procurador Regional Eleitoral de São Paulo.

Salta aos olhos, com efeito, a irrazoabilidade de se privar o requerente de saber o resultado de sua representação, incluídos aí os motivos que conduziram a tal resultado.

Em primeiro lugar, não se pode opor ao requerente o resguardo à intimidade do representado, uma vez que, obviamente, aquele conhece os fatos imputados a este, pelo simples motivo de que foi ele mesmo quem os relatou à Corregedoria.

Em segundo lugar, no caso concreto, o requerente exerce a função de Procurador Regional Eleitoral de São Paulo, tendo por competência legalmente conferida "dirigir, no Estado, as atividades do setor" (art. 77, *caput*, da Lei Complementar nº 75/93). Ora, negar ao Procurador Regional Eleitoral o pleno acesso aos autos de procedimento instaurado, por sua provocação, em face de Promotor Eleitoral que se sujeita, nos termos da lei, à sua direção (sob o aspecto administrativo) é claramente incabível. Mais ainda, deixar de fornecer qualquer informação sobre os motivos da decisão tomada revela-se, *data venia*, temerário ao exercício das funções ministeriais, especialmente por impedir o requerente de fundamentar adequadamente possível insurgência em face de tal decisão (tem-se em mente aqui a possibilidade, em tese, de eventual requerimento de Revisão de Procedimento Disciplinar, nos termos do Regimento Interno deste CNMP).

Confira-se, a respeito do tema, decisões bastante elucidativas do E. Conselho Nacional de Justiça:

> *Representação formulada contra o julgador. Direito do autor da representação de saber as razões do desacolhimento. Alegação de sigilo Pedidos de Providências. Negativa de fornecimento das informações prestadas pelos magistrados representados não amparada pela legislação vigente. Princípio constitucional da publicidade na Administração. Emenda Constitucional 45/2004. Eventual sigilo das decisões administrativas do Tribunal restou extinto.*

*Ressalva do sigilo imprescindível á segurança da sociedade e do Estado. (art. 5, inciso XXXIII, da CF. 37 da CF). – "**O representante, em procedimento administrativo, tem o direito de saber as razões que fundamentaram o desacolhimento de sua representação, até mesmo para que apresente eventual recurso à instância administrativa superior, com base na parte final do inciso X, do art. 93 da CF/1988. Pedido de Providências deferido**".*

(CNJ – PP 27 – Rel. Cons. Germana Moraes – 10ª Sessão – j. 06.12.2005 – DJU 15.12.2005 – Ementa não oficial)

*Processo Disciplinar. Sigilo. Limitações. – **"Interessado nas Revisões Disciplinares podem ter acesso aos autos dos Procedimentos Disciplinares decorrentes após seu julgamento, conforme Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça.** Eventual violação de correspondência sigilosa não gera nulidade de atos sigilosos praticados pelo Conselho. Não conhecimento do Recurso".*

(CNJ – PAD 04 – Rel. Cons. Joaquim Falcão – 80ª Sessão – j. 17.03.2009 – DJU 06.04.2009)

A propósito, registre-se que este Conselho Nacional do Ministério Público tem adotado, em feitos disciplinares, exemplar postura de apreço ao princípio da publicidade, como se verifica, por exemplo, na Reclamação Disciplinar nº 0.00.000.000488/2006-79, cujo acórdão foi publicado, em seu inteiro teor, no sítio do CNMP na internet, tendo a ementa sido divulgada no Diário Oficial (edição de 24/11/2009, p. 02).

4. Conclusão

Ante todo o exposto, pedindo vênia para divergir do Eminente Conselheiro Relator, julgo procedente o presente Procedimento de Controle Administrativo, determinando-se ao requerido que encaminhe ao requerente, no prazo de 5 (cinco) dias, cópia integral dos autos do Procedimento nº 013/09-CGMP, incluído o inteiro teor da decisão de arquivamento proferida.

É como voto.

MARIO BONSAGLIA

Relator

Controle Administrativo e Financeiro. Auxílio-moradia.
Natureza indenizatória.

PROCESSO Nº 0.00.000.001390/2009-81
RELATORA: CONSELHEIRA SANDRA LIA SIMON
REQUERENTE: AMPERN – ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
OBJETO: Regularidade no pagamento de auxílio-moradia a membros do Ministério Público.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE IMPLEMENTAÇÃO DE AUXÍLIO-MORADIA A TODOS OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE. AUSÊNCIA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO NA VERBA PLEITEADA. VIOLAÇÃO A RESOLUÇÃO Nº 10 DO CNMP. IMPROCEDÊNCIA.

ACÓRDÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, decidiu pela improcedência do Procedimento de Controle Administrativo, com o arquivamento dos autos, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 28 de abril de 2010.

SANDRA LIA SIMÓN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo apresentado pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte — AMPERN, para implementação, em folha de pagamento dos membros do Ministério Público estadual, de auxílio-moradia, de acordo com os artigos 50, inciso II, da Lei Federal nº 8.625/93 (LOMP), e 168 da Lei Complementar Estadual nº 141/96.

Em sede de medida liminar, a Requerente solicitou, ainda, o imediato implemento da mencionada verba. O pedido foi por mim indeferido (fls. 264/265),

diante da inexistência da necessária densidade da "fumaça do bom direito", para fins do provimento liminar pretendido, já que não se afigurava razoável a concessão de medida de urgência, de cunho satisfativo, sem a manifestação da parte contrária.

Foram solicitadas informações acerca dos fatos à Procuradoria-Geral de Justiça, cuja manifestação encontra-se acostada às fls. 295/316.

É o breve relato.

VOTO

O pedido inicial foi, primeiramente, formalizado perante a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, nos autos do Procedimento nº 4792/2008-PGJ.

De acordo com o parecer emanado pela Assessoria Jurídica (fls. 26/32), aprovado pelo eminente Procurador-Geral de Justiça (fl. 33), em que pese o pagamento da verba encontrar, em princípio, previsão legal, havia necessidade de encaminhamento do assunto ao Colégio de Procuradores de justiça do MPRN, diante da "visível repercussão orçamentária" e de se tratar de interesse institucional.

Assim, quando do encaminhamento dos autos ao Colégio de Procuradores de Justiça, e para sua melhor instrução, encaminhou-se, também, cópia da Representação nº 1.00.000.014152/2008-08 (fls. 38/44), datada de 18 de dezembro de 2008, e subscrita, por 7 (sete) Promotores de Justiça do MPRN ao Procurador-Geral da República para ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, exatamente em relação ao art. 168 da Lei Complementar Estadual nº 141/96 (LOMPRN), objeto da discussão.

Os autos foram distribuídos à Terceira Procuradoria de Justiça, sendo que a ilustre Relatora proferiu despacho (fls. 49/50), com determinação de providências necessárias à instrução do feito: ofício ao Procurador-Geral da República a fim de obter informações a respeito da Representação 1.00.000.014152/2008-08; oficio ao Conselho Nacional do Ministério Público, para conhecimento do atual posicionamento a respeito de pagamento de auxílio-moradia aos membros do MP; e, ofícios a todos os órgãos ministeriais dos Estados e do DF, bem como ao MPT e MPM, com o objetivo de colher informações a respeito do assunto no âmbito de cada órgão.

Após a instrução e juntada das manifestações apresentadas, o Colégio de Procuradores de Justiça indeferiu, à unanimidade, o pedido de pagamento de auxílio-moradia, deliberando sobre a flagrante inconstitucionalidade do artigo 168 da Lei Complementar Estadual 119 141/96.

Efetivamente, o artigo 168 da Lei Orgânica do Ministério Público do Rio

Grande do Norte reza o seguinte:

> *Art. 168. Ao membro do Ministério Público lotado* ***em sede onde não haja residência oficial,*** *será concedido auxílio-moradia no valor de 10% (dez por cento) de sua remuneração.*
>
> *Parágrafo único. Residência Oficial, para os efeitos desse artigo, são todos os prédios próprios da instituição e aqueles cedidos por Prefeituras Municipais e outros órgãos públicos, mediante convênio ou termo de cessão, para residência na Comarca do Membro do Ministério Público. (Grifou-se)*

Importante destacar, Senhores Conselheiros, que conforme consta do conjunto probatório, a verba ora pleiteada NUNCA foi paga pela instituição, mesmo por que não existe qualquer residência oficial no âmbito do MPRN, bem como nenhuma política de implementação, nesse sentido.

Ademais, verifica-se que o objeto do presente PCA refere-se a pagamento de auxílio-moradia em caráter geral, haja vista o pedido ser referente a **todos os membros do MPRN, independentemente da situação de cada um**.

Ora, Senhores Conselheiros, o beneficio pleiteado nesses moldes viola frontalmente o entendimento deste Conselho Nacional do Ministério Público, pois, de acordo com o artigo 49 da Resolução nº 10 do CNMP o auxílio-moradia tem caráter de indenização. Com relação ao assunto, o Supremo Tribunal Federal já tem jurisprudência firmada a respeito do caráter indenizatório do auxílio-moradia, em consonância com os artigos 37, *cuput* e inciso XI, e 40, parágrafo 89, ambos da Constituição Federal (Suspensão de Segurança (SS) 3312, Min. Rel. Ellen Gracie).

Assim, considerando-se que o auxílio-moradia é verba de natureza indenizatória e que o pedido inicial é genérico, no sentido do pagamento a todos os membros do Parquet potiguar, independentemente da situação de cada um**, julgo o presente Procedimento de Controle Administrativo IMPROCEDENTE**.

É como voto.

Brasília, 28 de abril de 2010.

SANDRA LIA SIMÓN
Relatora

Controle Administrativo e Financeiro. Auxílio-moradia.
Natureza indenizatória.

PROCESSO Nº 0.00.000.000071/2011-73
RELATOR: CONSELHEIRO ACHILES DE JESUS SIQUARA FILHO
REQUERENTE: DARTANHAN VERCINGETÓRIX DE ARAÚJO E ROCHA
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
OBJETO: Legalidade no pagamento de auxílio-moradia.

EMENTA

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO ONDE SE REQUER O PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO CORRESPONDENTE AO AUXÍLIO-MORADIA. VANTAGEM COM PREVISÃO NA LEI N. 8.625/1993 E NA LC ESTADUAL N. 141/1996. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DE RESIDÊNCIAS OFICIAIS NO MP/RN, BEM COMO DE ESTUDOS NO SENTIDO DE SUA IMPLEMENTAÇÃO. CONSEQUENTE DEFERIMENTO A TODOS OS MEMBROS MINISTERIAIS. JUSTIFICATIVA NO ART. 24 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. IMPOSSIBILIDADE DE OFICIALIZAÇÃO DE BURLA À NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DA GRATIFICAÇÃO EM RAZÃO DE OMISSÃO ESTATAL. PELA IMPROCEDÊNCIA.

1. Previsão da possibilidade de concessão do auxílio-moradia no art. 50 da Lei n. 8.625/1993 e no art. 168, da Lei Complementar Estadual n. 141/1996.

2. Declaração de ausência de residências oficiais no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, culminaria em concessão a todos os membros ministeriais, de modo indiscriminado.

3. Omissão do Estado no cumprimento da norma prevista no art. 24 do ADCT da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte não pode justificar o desvirtuamento da natureza indenizatória do auxílio-moradia, como forma de compensação aos membros do Ministério Público estadual. Necessária utilização da medida judicial pertinente à questão.

4. Notícia de Representação junto ao Procurador-Geral da República objetivando a proposição de ADIN, em face do art. 168 da Lei Orgânica Estadual do *Parquet* potiguar. Pela improcedência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em julgar improcedente o presente Procedimento de Controle Administrativo, diante da possibilidade de desvirtuamento da natureza jurídica e finalidade do benefício do auxílio-moradia, acaso aplicado nos termos ora delineados na legislação vigente.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011.

ACHILES DE JESUS SIQUARA FILHO
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Procedimento de Controle Administrativo formulado pelo Juiz Federal Substituto e ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha, em que requer providências acerca do pagamento de auxílio-moradia, no importe de 10% sobre a remuneração mensal, concernente aos períodos de 28/03/2003 a 30/08/2003 e de 1º/03/2004 a 13/12/2005, quando exercia seu mister nas Comarcas de Pedro Velho/RN e Nísia Floresta/RN, com acréscimo de atualização monetária e juros de mora.

Às fls. 01/18, constam a petição inicial acompanhada da documentação que a instrui.

Inicialmente, esclarece o Requerente que o presente PCA possui pretensão distinta daquela que foi manejada pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte – AMPERN, nos autos do Processo CNMP n. 0.00.000.001390/2009-81, alinhando-se aos critérios esquadrinhados por este Conselho Nacional, porquanto não é genérico.

Registra que foi membro do *Parquet* potiguar no interregno de 29/11/2002 a 13/12/2005 e que, a despeito de inexistir residência oficial nas Comarcas de Porto Velho e Nísia Floresta, onde exerceu suas atribuições em determinado momento, jamais recebeu auxílio-moradia, previsto no art. 50 da Lei n. 8.625/1993 e no art. 168 da Lei Complementar Estadual n. 141/1996.

Salienta que frente à inércia da Instituição, ingressou, em 28/03/2008, com

pleito junto à Procuradoria Geral de Justiça do MP/RN, buscando o adimplemento da referida gratificação, tendo sido instaurado, para tanto, o Processo Administrativo nº 1.047/2008.

Entrementes, o processo supramencionado foi julgado improcedente, nos termos do parecer de lavra do Promotor de Justiça e Coordenador da Assessoria Jurídica, Marcus Aurélio de Freitas Barros.

Todavia, aduz que as razões invocadas no opinativo retrocitado não merece prosperar, pugnando, outrossim, pela revisão daquele ato administrativo.

Justifica sua pretensão com supedâneo no art. 24 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, onde dispõe que no prazo de 5 (cinco) anos da promulgação daquela Constituição, o Estado deveria executar, em convênio com os Municípios sedes de Comarca, a construção de residência do representante do Ministério Público.

Ocorre que, segundo certifica, a determinação imposta pelo constituinte não foi plenamente efetivada até os dias atuais, ainda havendo Comarcas desprovidas de residência oficial, como aconteceu com as de Pedro Velho e Nísia Floresta à época que lá atuou.

Pondera, portanto, que, do descumprimento do comando constitucional, exsurge responsabilidade do Estado para compensar o Promotor de Justiça lotado em Comarca destituída de residência oficial.

Destaca a quebra da isonomia ocorrida entre o Requerente e outros membros ministeriais que atuam em Comarcas que contam com imóveis providenciados pelo Poder Público.

Frisa, ainda, que o art. 168 da Lei Orgânica do *Parquet* norte-rio-grandense deu efetividade à obrigação reparatória do Estado.

Elenca outros Estados da federação que concedem o auxílio-moradia aos seus membros ministeriais e os percentuais praticados.

Ressalta que a vinculação do Poder Público ao pagamento da gratificação em destaque é ainda maior no Rio Grande do Norte, em razão da existência de previsão constitucional para construção de residência de representante do Ministério Público.

Reputa adequado o modo como a Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público potiguar regula a obrigação de concessão do auxílio-moradia.

Considera afronta ao princípio da moralidade a omissão do Estado no que pertine ao cumprimento do art. 24 do ADCT da Constituição do Rio Grande do Norte.

No que tange à proporcionalidade, entende que o meio adotado pela LC Estadual n. 141/1996 mostra-se adequado, posto ser o exigível para se chegar ao resultado almejado.

Reafirma, por derradeiro, a constitucionalidade do art. 168 da lei susomencionada, afirmado que a decisão da Procuradoria Geral de Justiça do Rio Grande do Norte silenciou em apontar qual o dispositivo constitucional seria pretensamente violado.

À fl. 19 consta certidão noticiando a existência de processo com objeto semelhante ao do presente, qual seja o tombado sob o nº 0.00.000.002338/2010-86, razão pela qual foi distribuído por prevenção, consoante autuação de fl. 25.

Instado a se manifestar o Procurador-Geral de Justiça do Parquet norte-rio-grandense, Manoel Onofre de Souza Neto, informa, após realizar breve relato acerca da questão, que todos os membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte que exerceram o cargo de Procurador-Geral de Justiça, após a edição da norma da Lei Complementar nº 141/96, que instituiu o auxílio-moradia, interpretaram-na no sentido de não lhe atribuir um juízo sério de razoabilidade e proporcionalidade, posto que o referido benefício, "tal como objetivamente previsto na lei, fere o devido processo legal em seu aspecto substancial".

Aduz que o Procedimento de Controle Administrativo CNMP nº 0.00.000.001390/2009-81, "foi julgado improcedente em razão da ausência de caráter indenizatório da verba pleiteada e violação a Resolução nº 10 do CNMP".

Alega que, segundo sua compreensão, o administrador não estaria mais vinculado ao princípio da legalidade estrita, não devendo dar efetividade a dispositivo de lei substancialmente inconstitucional. Aduz que, "pela nova feição do Direito Administrativo, o administrador deve, isso sim, pautar-se pelo princípio da juridicidade, não aplicando norma reputada inconstitucional".

Além disso, justifica o não pagamento de auxílio-moradia aos membros do Ministério Público do Rio Grande do Norte no fato de que todos os membros daquela unidade ministerial teriam este direito, já que não existe residência oficial em nenhuma das comarcas no Estado do Rio Grande do Norte, tampouco política ou ação no sentido de regulamentar a matéria. Por este aspecto, aduz a Chefia institucional, a norma que autoriza o pagamento da debatida indenização encontra-se redigida em afronta aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e da isonomia.

Registra trecho de voto do Procedimento Administrativo nº 4792/2008-PGJ, de relatoria da Procuradora de Justiça, Tereza Cristina Cabral de Vasconcelos Gurgel, em que afirma a flagrante violação da lei a princípios constitucionais, *in verbis*:

Tal situação infringe o princípio da moralidade, expresso no artigo 37 da Constituição Federal, pois, sendo pago indistintamente a todos os membros do Ministério Público, o referido auxílio perde sua natureza indenizatória, transformando-se numa forma velada de conceder aumento salarial, em alguns casos, acima do teto, sendo, na verdade, um acréscimo ao subsídio, o que é expressamente vedado pela Constituição Federal em seu artigo 39, § 4º.

Declara, ainda, que o pagamento realizado na maneira aqui pleiteada afrontaria o princípio da isonomia igualando o membro que efetivamento realizou despesas extraordinárias, com o que está lotado ou em exercício no local de sua residência.

Noticia o encaminhamento, por sete membros daquela Instituição, de Representação ao Procurador-Geral da República, visando o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no tocante ao art. 168 da Lei Complementar Estadual nº 141/1996, matéria objeto da presente demanda.

Por derradeiro, informa que realizou consulta perante os Órgãos Ministeriais da União e dos Estados, extraindo das respostas – efetivadas pelo Ministério Público dos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rondônia, Santa Catarina e Rio de Janeiro – que "*nas instituições que tem previsão legal para o auxílio moradia e que efetivamente pagam o referido benefício, há uma regulamentação específica que detalha os casos nos quais o referido benefício será efetivamente pago ao membro. Isto com o objetivo de que não se pague indistintamente o auxílio moradia, conforme seria a situação o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*".

Os autos foram encaminhados ao Gabinete deste Conselheiro em 19/01/2011, conforme atesta o termo de remessa de fl. 27-verso.

É o relatório.

VOTO

Consoante mencionado anteriormente, trata-se de Procedimento de Controle Administrativo formulado por Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha, Juiz Federal Substituto e ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no qual requer o pagamento do auxílio-moradia correspondente ao período em que exerceu seu mister nas Promotorias de Justiça das Comarcas de Pedro Velho e Nísia Floresta, então desprovidas de residências oficiais.

Inicialmente, cumpre registrar que a possibilidade de concessão da

gratificação referente ao auxílio-moradia encontra-se prevista no art. 50 da Lei nº 8.625/1993, consoante se observa, *in verbis*:

> *Art. 50. Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, a membro do Ministério Público, nos termos da lei, as seguintes vantagens:*
>
> *I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;*
>
> *II – auxílio-moradia, nas Comarcas em que não haja residência oficial condigna para o membro do Ministério Público;*
>
> *[...]*
>
> *A Lei Complementar Estadual nº 141/1996 – Lei Orgânica e Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte – em seu art. 168, também prevê o pagamento da verba sob mesma justificativa. Senão, vejamos:*
>
> *Art. 168. Ao membro do Ministério Público lotado em sede onde não haja residência oficial, será concedido auxílio-moradia no valor de 10% (dez por cento) de sua remuneração.*
>
> *Parágrafo único. Residência oficial, para os efeitos desse artigo, são todos os prédios próprios da Instituição e aqueles cedidos por Prefeituras Municipais e outros órgãos públicos, mediante convênio ou termo de cessão, para residência na Comarca do membro do Ministério Público.*

Com efeito, a Constituição do Estado do Rio Grande do Norte, prevê, no art. 24 do ADCT, o prazo de 5 (cinco) anos para construção da residência do representante do Ministério Público, em convênio com os Municípios sedes de Comarca. Ocorre que, até o presente momento, não há notícias do fiel cumprimento da norma supracitada.

Desse modo, não obstante existir previsão legal para a autorização de tal gratificação, nos moldes que ora se encontram delineados na legislação orgânica da Instituição Ministerial potiguar, tendem a macular o caráter transitório da verba indenizatória, característica esta já devidamente reconhecida por este Conselho Nacional, conforme se infere de trecho da decisão nos autos do PCA n. 0.00.000.001543/2010-24, de relatoria do Conselheiro Adilson Gurgel:

As verbas correspondentes à ajuda de custo e ao **auxílio-moradia**,

à luz da legislação e dos atos normativos internos do C NMP, **possuem caráter indenizatório e transitório**, por tal motivo admitem o acréscimo ao subsídio (grifos nossos).

Vale frisar que, ao contrário do quanto afirmado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Manoel Onofre de Souza Neto, o PCA nº 0.00.000.001390/2009-81 não foi julgado improcedente "em razão de ausência de caráter indenizatório da verba pleiteada e violação a Resolução nº 10 do CNMP". Antes pelo contrário, e consoante pontua o Requerente à fl. 09, a decisão em questão reafirma a natureza indenizatória da gratificação, como pode se verificar da manifestação da Conselheira Sandra Lia *Simón, in litteris:*

Ora, Senhores Conselheiros, o benefício pleiteado nesses moldes viola frontalmente o entendimento deste Conselho Nacional do Ministério Público, pois de acordo com o artigo 4º da Resolução nº 10 do CNMP, **o auxílio-moradia tem caráter de indenização.** (grifos nossos)

O fato é que, do modo que estava sendo requerido, genericamente a todos os membros, retiraria a sua característica de indenização e, como tal, devendo ser analisado caso a caso, e não concedido a todos de modo indeterminado.

Esse é, pois, o argumento para o qual a indenização referente ao auxílio-moradia, para os membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, torna-se inviável do modo que ora se encontra previsto na legislação interna.

Não havendo residência oficial no âmbito do *Parquet* potiguar, conforme asseverado pelo seu chefe ministerial, e prevendo, o art. 168 da Lei Complementar Estadual nº 141/1996, a inclusão de 10% incidentes sobre o subsídio dos membros, a título de auxílio-moradia, todos receberiam indistintamente, sem que fosse analisada cada situação de modo particular.

Tal procedimento transmutaria a natureza de indenização da verba pleiteada, perpetuando-se como um acréscimo vencimental, o que violaria, por suposto, as Resoluções 09/2006 e 10/2006 deste Conselho Nacional.

Destarte, conceder a todos os membros em razão de requerimento da respectiva entidade de classe, ou fazê-lo, de igual modo, em razão da legislação local, sem avaliação *in casu*, trazem a mesma consequência prática, terminando na violação às resoluções deste CNMP.

Acaso existissem moradias oficiais em determinadas comarcas e/ou estudos para suas implementações, poder-se-ia analisar os casos excedentes, verificando-se a possibilidade da percepção do benefício em questão.

A aplicação do art. 168 da Lei Orgânica daquele *Parquet* desvirtuaria

o conceito do auxílio-moradia, porquanto seria devido a todos os representantes ministeriais, de modo indiscriminado e permanente, "perpetuando um regime a que é natural e inerente o caráter transitório"[1].

Vale ressaltar, por importante, que o entendimento ora esposado encontra respaldo em decisão do Conselho Nacional de Justiça, em caso análogo, como se pode observar do trecho do Procedimento de Controle Administrativo n. 486, a seguir transcrito:

> *Os argumentos trazidos aos autos pelo TJ/RO apenas corroboram a constatação de que a verba está sendo paga com intuito remuneratório. Sublinhe-se, em primeiro lugar, que* ***o reconhecimento pelo CNJ da legalidade do auxílio moradia não implica que deva o mesmo ser concedido a todos os magistrados daquele Estado.*** *Por outro lado, a invocada necessidade de tratamento igualitário a todos os magistrados – o qual restaria ofendido no caso de restringir-se a sua concessão – afasta a sua marca indenizatória, pois as* ***verbas indenizatórias são devidas apenas em casos específicos, e não a todas as pessoas, de forma generalizada*** *como defendida pelo TJ/RO. O auxílio moradia visa justamente a suprir faltas específicas, existentes em determinadas cidades, com relação a determinados magistrados. Veja-se o voto do ilustre conselheiro Alexandre de Moraes, proferido na instauração do PCA 440, em que o CNJ firmou* ***posicionamento acerca a natureza jurídica do auxílio moradia (verba salarial, que apenas será legal quando tiver caráter indenizatório e transitório).*** *Também ficou esclarecido que a sua concessão dar-se-á segundo o* ***princípio da proporcionalidade*** *– princípio este que tem justamente o objetivo de afastar arbitrariedades e que, especificamente quanto ao auxílio moradia,* ***impede a sua concessão indiscriminada: 'Ocorre, porém, que o referido auxílio moradia é pago de forma indiscriminada a todos os magistrados estaduais, ignorando, dessa forma, a natureza jurídica dessa verba indenizatória,*** *pois, conforme afirmou o STF, trata-se de 'um regime a que é natural e inerente o caráter transitório' (MS Pleno MS 21.852/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti).* ***Não se pode portanto, pretender aplicar de forma universal – a todos os magistrados do Estado – uma verba indenizatória de natureza transitória****, cuja razoabilidade indica a necessidade de implementação somente para aqueles magistrados que, atuando em Comarcas sem residência oficial, igualmente, não possuam residência própria. Observe-se que, recentemente, na AO 587, Rel. Min. Ellen Gracie (06.04.2006), o Supremo Tribunal Federal declinou de sua competência para a análise da legalidade do auxílio moradia destinado aos magistrados do Distrito Federal, exatamente por se tratar de verba indenizatória e eventual, não devida a todos os magistrados indistintamente (conferir, ainda,*

1 *Trecho do voto do Ministro Octávio Gallotti nos autos do Mandado de Segurança n. 21.852-8/DF, p.519, julgado em 18/09/1996.*

em relação à natureza indenizatória e eventual do auxílio moradia: RE 99.198, 2 Turma, Rel. Min. Oscar Correa – Unânime). O pagamento indiscriminado do auxílio moradia a todos os membros do Poder Judiciário transforma essa verba indenizatória em clara verba salarial, de natureza permanente, ferindo a razoabilidade, pois acaba por desconsiderar sua natureza jurídica e sua finalidade legal. O princípio da razoabilidade definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades, inclusive administrativas, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes (MARIA PAULA DALLARI BUCCI. O Princípio da Razoabilidade em Apoio à Legalidade. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Ed. RT, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 173, jul-set./96; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Regulamentação Profissional: Princípio da Razoabilidade. Revista de Direito Administrativo, v. 204, p. 333 ss., abr-jun./96), ou ainda, como define-o José Eduardo Martins Cardoso, sob a óptica da Administração Pública, aquele que 'determina à Administração Pública, no exercício de faculdades discricionárias, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes" (Princípios Constitucionais da Administração Pública de Acordo com a Emenda Constitucional 19/98. Os 10 Anos da Constituição Federal (Coord. Alexandre de Moraes). São Paulo: Atlas, 1998, p. 182) é de observância a todas as autoridades públicas. A Constituição Federal exige do Poder Público, como já tive oportunidade de afirmar (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, item 5.100), uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, estando englobados na razoabilidade, a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não-arbitrariedade (Conferir: AUGUSTIN GORDILLO. Princípios Gerais de Direito Público. São Paulo: Ed. RT, 1977. p. 183; DROMI, ROBERTO. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 36)". (CNJ – PCA 486 – Rel. Cons. Eduardo Lorenzoni – 13ª Sessão Extraordinária – j. 05.06.2007 – DJU 21.06.2007 – Parte do voto do relator) (grifos nossos)

Desse modo, demonstrado está que não se trata de realizar, tão-somente, requerimento individual. O que se discute é que, concedido nos termos que ora se apresenta, venha desvirtuar a própria razão de existir e a natureza jurídica do auxílio-moradia, transformando-o em benefício permanente a todos os membros da unidade ministerial do Rio Grande do Norte.

Deixaria, outrossim, de ser um benefício de caráter indenizatório.

No que pertine à determinação constante do art. 24 do ADCT da Constituição Estadual do Rio Grande do Norte, o inadimplemento deste mandamento por parte do Estado não pode servir de justificativa para o desvirtuamento da natureza jurídica de

uma gratificação, como uma espécie de compensação.

Assim, não assiste razão ao Requerente quando afirma que "o meio elegido pelo legislador é adequado para reparar o dano causado ao interessado, representante do MP, pela inércia inconstitucional do Estado em construir a residência oficial". Ora, acaso haja omissão estatal em preceito constitucional, deve-se utilizar o meio judicial adequado para atacar tal conduta. Não há como lançar mão de um artifício legislativo questionável, diante da situação que se apresenta no *Parquet* potiguar, com o fito de suprir as deficiências da Administração Pública.

De igual modo, o quanto asseverado, à fl. 06, que "sabiamente, o legislador ordinário, ciente de que a regra do art. 24 do ADCT/RN não fora satisfeita, até porque há muito escoado o lustro nela previsto, resolveu liquidar o *quantum* devido ao membro do Ministério Público a título de reparação em virtude da inexistência de imóvel funcional na Comarca", não merece prosperar.

Admitir que o legislador assim atuou de modo intencional equivaleria dizer que, deveras, há o propósito de perpetuar o auxílio-moradia, conferindo-o a todos os membros, incorporando-o, por consequência, ao subsídio para suprir uma omissão do Estado no tocante à construção das residências oficiais. Oficializado estaria, então, a burla à natureza indenizatória da verba pleiteada.

Cumpre esclarecer que não se deseja, aqui, tachar a gratificação ora em destaque como ilegal. Reconhece-se, outrossim, sua previsão legislativa. Falta-lhe, apenas, uma regulamentação específica realizando um detalhamento de que modo poderá ocorrer o seu pagamento, preservando-se sua natureza jurídica e finalidade.

Não há como desconsiderar, de igual modo, a notícia de existência de Representação ao Procurador-Geral da República, por membros do Ministério Público potiguar, visando a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do art. 168 da Lei Complementar Estadual n. 141/1996.

A iniciativa supramencionada somente corrobora o entendimento de haver possível irregularidade na legislação ora vigente, considerando-se a situação hodierna do Ministério Público norte-rio-grandense.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o presente Procedimento de Controle Administrativo, para julgá-lo improcedente.

É como voto.

Brasília, 23 de fevereiro de 2011.

ACHILES DE JESUS SIQUARA FILHO

Relator

PROCESSO Nº 0.00.000.000408/2010-61
RELATOR: CONSELHEIRO BRUNO DANTAS
PROPONENTE: CONSELHEIRO BRUNO DANTAS

EMENTA

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. PORTAL DA TRANSPARÊNCIA

1. Proposta de resolução que visa a aumentar o detalhamento das informações disponibilizadas ao público, via internet, acerca da gestão administrativa, financeira e orçamentária dos Ministérios Públicos da União e dos Estados.

2. Aprovação, com a Consequente revogação da Resolução n° 38, de 26 de maio de 2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, aprovar a presente Proposta de Resolução, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 22 de fevereiro de 2011.

BRUNO DANTAS
Relator

RELATÓRIO

Na 3ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional do Ministério Público, realizada em 09 de março de 2010, apresentei em Plenário Proposta de Resolução que dispõe sobre o Portal da Transparência do Ministério Público, revogando a Resolução n° 38/2009, deste CNMP.

A presente Proposta visa a aumentar o detalhamento das informações disponibilizadas ao público, via internet, acerca da gestão administrativa, financeira e orçamentária dos Ministérios Públicos da União e dos Estados.

A proposta foi lida, sendo entregue a todos os Conselheiros cópia integral do seu teor, juntamente com a sua justificativa.

No prazo regimental, aplicando-se o disposto no artigo 66, do Regimento Interno, foram apresentadas propostas de emenda pelo e Conselheiro Cláudio Barros Silva (fls. 09/12) e pela Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional da República da 3ª Região (fls. 26/28 e 129/130).

A partir das sugestões encaminhadas e de um exaustivo trabalho de pesquisa e aprofundamento da matéria, elaborei proposta de substitutivo que ora apresento a este Plenário.

É o relatório.

VOTO

O Conselho Nacional do Ministério Público, imbuído da ideia da máxima visibilidade institucional, assegurada pelos princípios da publicidade e da transparência, sagrou-se pioneiro na instituição de mecanismos de divulgação dos atos da administração de cada unidade do Ministério Público, com a edição da Resolução nº 38/2009, que instituiu originalmente o Portal da Transparência.

Contudo, na medida em que o mencionado sistema foi sendo implementado, foi se desnudando o caráter demasiado genérico das deliberações contidas na Resolução nº 38/2009 — reflexo óbvio de seu pioneirismo visionário —, tornando imperioso o avanço na seara da transparência, com um maior detalhamento das informações que deveriam ser necessariamente divulgadas ao público.

A própria Constituição Federal, com o advento das emendas nº 19, 20, 41 e 45, passou a fomentar o direito do cidadão e da sociedade de ter conhecimento pleno

da gestão e dos gastos públicos e dos mecanismos de controle e fiscalização disponíveis.

Nesse mister, faz-se igualmente relevante a especialização das regras norteadoras dos mecanismos de transparência, separando-se em ordenamentos diferentes os destinados ao controle dos atos de gestão administrativa e financeira dos diversos ramos do Ministério Público dos relativos à fiscalização de sua atividade fim.

Na esteira desse raciocínio, insta consignar que a presente Proposta de Resolução tem por finalidade a instituição de normas regulamentadoras da divulgação de temas relacionados apenas com a gestão administrativa, orçamentária e financeira do Ministério Publico, não se atendo à disponibilização de informações relativas à atividade fim do órgão, que será objeto de Resolução específica.

Exclusivamente por essa razão é que as sugestões apresentadas pela E. Procuradora-Chefe da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, em que pese o costumeiro brilhantismo de suas relevantes ponderações, não puderam ser aproveitadas especificamente na presente proposta.

Acolho, no entanto, a sugestão apresentada pelo e Conselheiro Cláudio Barros, no sentido de incluir no projeto original informações relativas a licenças, afastamentos ou substituições dos próprios membros do Ministério Público, até porque já havia previsão semelhante para os servidores da instituição, eis que tais dados têm implicação direta no ordenamento de despesas.

Assim, motivado pela busca constante do aperfeiçoamento das funções constitucionais desta Casa, sobretudo a relacionada ao controle da atuação administrativa, financeira e orçamentária do Ministério Público, imposta pelo artigo 130-A, § 2º, da CF/88, e já considerando as emendas apresentadas à proposta original, voto pelo acolhimento do presente substitutivo, com a redação que ora apresento a este Plenário.

RESOLUÇÃO Nº___, de _____ de 2011.

Dispõe sobre o "Portal da Transparência do Ministério Público".

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Federal, e pelo artigo 19 do Regimento Interno, em conformidade com a decisão Plenária proferida pelo Conselho Nacional do Ministério Público no julgamento do Pedido de Providências nº 707/2007-09.

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que a Administração Pública rege-se, dentre outros, pelos princípios da publicidade e eficiência, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO o disposto na Resolução nº 38, de 26 de maio de 2009, que Institui no âmbito do Ministério Público o Portal da Transparência e dá outras providências.

CONSIDERANDO a necessidade de se promover os avanços na seara da transparência da gestão administrativa e financeira do Ministério Público, para além das regras bem sucedidas da Resolução nº 38 deste Conselho Nacional do Ministério Público, notadamente no que concerne a um maior detalhamento das informações divulgadas ao público.

CONSIDERANDO a decisão do Conselho Nacional do Ministério Público no julgamento proferido no Pedido de Providências nº 267/2008-62, transformado, por decisão Plenária de 16 de fevereiro de 2009, em Procedimento de Controle Administrativo e encaminhado à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro;

RESOLVE editar a seguinte Resolução:

Art. 1º Fica instituído o "Portal da Transparência do Ministério Público", instrumento de controle social da execução orçamentária, financeira e administrativa dos Ministérios Públicos da União e dos Estados.

Art. 2º O Portal da Transparência do Ministério Público, sítio eletrônico à disposição da Sociedade na Rede Mundial de Computadores – Internet, gerenciado pelo Conselho Nacional do Ministério Público –, tem por finalidade veicular dados e informações detalhadas sobre a gestão administrativa e execução orçamentária e financeira das unidades do Ministério Público.

Art. 3º O acesso à página da Transparência do Ministério Público dar-se-á, necessariamente, por meio de atalho inserido na página inicial do sítio eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público, dos Ministérios Públicos dos Estados, e dos ramos do Ministério Público da União.

Art. 4º A Comissão de Controle Administrativo e Financeiro do Conselho Nacional do Ministério Público verificará periodicamente o cumprimento do disposto nesta Resolução.

Art. 5º O Portal da Transparência do Ministério Público, observado o disposto

no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, disponibilizará dados institucionais relativos ao comprometimento da Instituição com a Lei de Responsabilidade Fiscal, contendo, no mínimo, as receitas arrecadadas e as despesas pagas, a partir do 15° dia do mês subsequente ao da competência; os recursos e gastos com os fundos de reaparelhamento; as despesas com membros e servidores ativos e inativos, fazendo publicar o gasto líquido com pessoal em cada quadrimestre; o número de estágios obrigatórios e não-obrigatórios; os repasses feitos aos fundos ou institutos previdenciários; os custos com cartões corporativos, indicando as tabelas de motivos para essas despesas e as comprovações da sua efetivação; os gastos mensais com investimento e custeio, os convênios firmados, além de contemplar, necessariamente, informações sobre:

I – a execução orçamentária e financeira, compostas de:

a) especificação da programação orçamentária e dos respectivos valores autorizados, empenhados, liquidados e pagos;

b) empenhos emitidos, por unidade gestora, contendo CNPJ ou CPF do beneficiado, descrição do objeto, itens contratados, tipo e modalidade de licitação e valores empenhados e pagos.

II – licitações, contratos e convênios, compostas de:

a) números da licitação e do processo administrativo;

b) tipo e modalidade da licitação;

c) objeto da licitação e do contrato dela resultante ou do convênio;

d) relação de licitantes e respectivos valores propostos;

e) resultado e situação da licitação;

f) CNPJ ou CPF do contratado ou convenente e, no caso de pessoa jurídica, dos três principais integrantes de seu quadro societário, assim compreendidos aqueles que detenham maior parcela das cotas societárias ou o poder de gestão da sociedade;

g) número e quantitativo dos itens fornecidos;

h) eventuais termos aditivos, com as mesmas informações exigidas em relação ao contrato ou convênio original;

i) data de publicação dos editais, extratos de contratos ou convênios e termos aditivos e demais informações exigidas por lei;

j) período de vigência, discriminando eventuais prorrogações;

k) valor global e preços unitários do contrato;

l) no caso de convênio, o valor do repasse e da contrapartida exigida ao conveniado e situação quanto à regularidade da prestação de contas;

m) situação do contrato (ativo, concluído, rescindido ou cancelado).

– os nomes dos ocupantes de cargos de provimento efetivo, de cargos

comissionados ou de funções gratificadas e dos servidores cedidos por outros órgãos da Administração Pública, com a respectiva origem, bem como os endereços e telefones dos locais onde exercem suas atividades, para contato, o respectivo cargo ou função, a data de admissão e a indicação de eventuais licenças ou afastamentos, devendo ser agrupados de acordo com a unidade de lotação;

IV – os nomes dos membros do Ministério Público, incluindo eventuais licenças, afastamentos ou substituições, bem como das Promotorias ou Procuradorias onde exercem suas funções, com os endereços das respectivas unidades e os telefones para contato;

V – as despesas com passagens e diárias das unidades administrativas do Ministério Público, discriminando nome e cargo do beneficiário, origem e destino de todos os trechos, período e motivo da viagem, meio de transporte e valor da passagem ou fretamento, bem como número e valor das diárias concedidas e nomes das autoridades solicitante e concedente;

VI – as escalas e os locais de funcionamento dos plantões de atendimento realizados nos feriados, finais de semana e dias úteis fora do horário de atendimento ordinário, com o nome do membro do Ministério Público responsável, o telefone para contato e o endereço da unidade plantonista;

VII – a descrição da natureza e do custo de quaisquer benefícios concedidos aos membros e servidores do Ministério Público, incluindo auxílio-moradia, auxílio-transporte, cotas de telefonia e serviços postais e gráficos.

VIII – planos de carreira e estruturas remuneratórias das carreiras e cargos dos Ministérios Públicos;

IX - o quantitativo de cargos vagos e ocupados, discriminados por carreiras e cargos;

X – a relação de nomes de funcionários de empresas prestadoras de mão-de-obra aos Ministérios Públicos, agrupados por contrato e local de efetiva prestação dos serviços;

Parágrafo único. As consultas poderão ser realizadas por "Tipo de Despesa", "Despesa por Unidade Administrativa", "Favorecido" e "Diárias Pagas".

Art. 6º Cada unidade do Ministério Público disponibilizará recursos humanos, técnicos e operacionais para a implantação, atualização e manutenção das informações a serem disponibilizadas.

Parágrafo único. O Conselho Nacional do Ministério Público, se necessário, poderá prestar apoio técnico-operacional para viabilizar o disposto no caput.

Art. 7º Fica Revogada a Resolução nº 38, de 26 de maio de 2009.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias da data de sua publicação.

ROBERTO MONTEIRO GURGEL
Presidente do CNMP

É como voto.

Brasília, 16 de fevereiro de 2011.

BRUNO DANTAS
Relator

Preservação da competência e autoridade das decisões do CNMP.
Revisão geral anual de remuneração

PROCESSO Nº 0.00.000.0001904/2010-32
RELATOR: CONSELHEIRO BRUNO DANTAS
REQUERENTE: SINDICATO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS — SINDSEMP E OUTRO
REQUERIDO: MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DO MINAS GERAIS
OBJETO: Dever de encaminhar projeto de lei que trata da revisão geral anual da remuneração dos servidores do Ministério Público.

EMENTA

RECLAMAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA E DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO CONSELHO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MORA DO PARQUET DE MINAS GERAIS. DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO CNMP Nº 53/2010. LEI ESTADUAL QUE NÃO ATENDE À DETERMINAÇÃO CONTIDA NA RESOLUÇÃO.

1. A edição de Lei Estadual dispondo sobre a edição de novo plano de cargos e salários para os servidores do Ministério Público não supre a determinação contida na Resolução CNMP nº 53/2010, no sentido da necessidade de deliberação acerca da revisão gerai anual da remuneração dos referidos servidores, ainda que preveja aumento de vencimentos para algumas categorias.

2. Não tendo o Ministério Público estadual tomado as medidas necessárias para assegurar a revisão geral anual prevista na Resolução CNMP nº 53/2010, resta configurada a omissão denunciada.

3. Reclamação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, em conhecer e prover a presente Reclamação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 março de 2011.

BRUNO DANTAS
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Reclamação para Preservação da Competência e Autoridade das Decisões do Conselho, proposta pelo Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - SINDSEMP e outro em desfavor do Ministério Público do referido Estado, por meio da qual alegam os requerentes suposto descumprimento do disposto na Resolução CNMP nº 53/2010, face à inércia do *Parquet* estadual na elaboração de projeto de lei regulamentando a revisão geral anual dos vencimentos dos seus servidores públicos.

Alegando que, desde a edição da referida Resolução, tal dispositivo está sendo descumprido, tendo em vista não existir qualquer projeto de lei tendente a disciplinar a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos do *Parquet* mineiro em tramitação, requerem, em provimento liminar, a fixação de prazo para que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais finalize os procedimentos administrativos necessários ao cumprimento da Resolução CNMP nº 53/2010, e, ao final, a determinação de que promova a regulamentação da matéria, em prazo razoável.

Na decisão de fl. 74V foi determinado que o pleito liminar seria apreciado após o recebimento das informações, que foram prestadas pelo Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça de Minas Gerais às fls. 78/82, no sentido de que a revisão geral anual dos vencimentos dos servidores do Ministério Público mineiro já havia sido regulamentada pela Lei Estadual nº 18.800, de 31 de março de 2010, restando, destarte, prejudicada a presente reclamação.

A esse respeito, manifestaram-se os requerentes às fls.84/85, rechaçando a alegação apresentada pelo *Parquet* mineiro, ao argumento de que a mencionada Lei Estadual cuida apenas da reorganização da carreira dos servidores, não tratando de reajuste anual. Aduzindo que o aumento de 10% (dez porcento) nela previsto foi conferido somente a alguns padrões de vencimentos e que seus dispositivos não suprem a necessidade de regulamentação da matéria para os próximos anos, pugnam pelo prosseguimento do feito, com a procedência do pedido.

É o relatório.

VOTO

A revisão geral anual, como medida voltada a resguardar o princípio da irredutibilidade de vencimentos, tem como objetivo manter o equilíbrio financeiro dos servidores públicos em face de alterações do poder aquisitivo monetário.

Conforme considera a doutrina, tal revisão é "verdadeiro direito subjetivo do servidor e do agente político, a ser anualmente respeitado e atendido pelo emprego do índice que for adotado, o qual, à evidência, sob pena de fraude à Constituição e imoralidade, não pode deixar de assegurar a revisão."

A Resolução CNMP nº 53, de 11 de maio de 2010, determina que "cada Ministério Público encaminhará, na falta de iniciativa de caráter geral, projeto de lei às Casas Legislativas visando assegurar a revisão geral anual da remuneração dos servidores e dos subsídios dos membros."

A questão que se coloca diz respeito a se definir se o aumento concedido incidentalmente aos servidores do *Parquet*, no âmbito de legislação que trate da reestruturação da carreira, com a criação de plano de cargos e salários, atende à determinação contida na mencionada Resolução n° 53/2010, no sentido da obrigatoriedade de regulamentação específica para a matéria.

No julgamento da Representação por Inércia ou Excesso de Prazo - RIEP - no 1212/2009-5, de Relatoria da e. Conselheira Taís Schilling Ferraz, a questão chegou a ser discutida, tendo o Plenário deste Conselho, na oportunidade, entendido que, como o escopo da Resolução nº 53/2010 é "assegurar a revisão gerai anual da remuneração dos servidores e dos subsídios dos membros", não haveria, em tese, qualquer empecilho para que o reajuste anual fosse concedido no bojo de legislação que regulamentasse tema mais amplo.[1]

1 MEIRELLES, Hely Lopes e outros. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 513.

De fato, assim seria decidia a presente reclamação, se a lei ora analisada, mesmo que não tratasse especificamente de revisão geral anual, regulamentasse expressa e indubitavelmente essa matéria. Na espécie, contudo, não foi isso o que se verificou.

Embora a Lei Estadual nº 18.800/2010, ao criar novos cargos, realmente tenha concedido aumento de 10% a alguns padrões de vencimentos da categoria, não atendeu nem tangencialmente o preconizado na Resolução CNMP nº 53/2010, pois, em nenhum momento, cuidou de regulamentar a revisão geral anual, que permanece não assegurada aos servidores do *Parquet* mineiro.

Em que pese, é claro, ser absolutamente razoável admitir, conforme defende o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, que o aumento concedido pela Lei Estadual nº 18.800/10 absorveu a revisão geral anual do ano de 2010 — já que os 10% (dez porcento) concedidos sobejam em muito o índice oficial da inflação do ano anterior, que é o parâmetro estabelecido pela Resolução CNMP nº 53/2010 para estipulação do valor mínimo do reajuste -, tal interpretação não desonera o *Parquet* mineiro do ônus de regular definitivamente a matéria, de modo a garantir a revisão geral para os próximos anos.

Assim, embora louvável a iniciativa do Ministério público do Estado de Minas Gerais de zelar pela reestruturação da carreira dos seus servidores, atualizando o Plano de Cargos e Salários da Categoria, não se pode olvidar que tal procedimento não supre a omissão legislativa do órgão, que permanece em mora quanto às determinações contidas na Resolução CNMP nº 53/2010.

Ante o exposto, entendendo não ter restado demonstrado o cumprimento da Resolução CNMP nº 53/2010 pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que até a presente data não providenciou a regulamentação específica da matéria relativa ao reajuste anual dos seus servidores públicos - uma vez que a Lei Estadual nº 18.800/2010 não se presta para tal mister -, julgo procedente a presente Reclamação, fixando o prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da publicação do presente acórdão para que o *Parquet* mineiro cumpra a determinação contida no art. 10, da Resolução CNMP nº 53/2010, nos termos do art. 111, parágrafo único, do RICNMP.

Ao NAE para acompanhamento do cumprimento da presente decisão.

Publique-se. Intimem-se as partes por ofício.

Brasília, 16 de março de 2011.

BRUNO DANTAS

Relator

Verba remuneratória. Previsão legal. Controle de constitucionalidade. Incompetência do CMNP. STF. Precendentes.

PROCESSO Nº 0.00.000.001621/2010-91
RELATOR: CONSELHEIRA CLAUDIA CHAGAS
REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO MPRJ
OBJETO: Legalidade no pagamento de verba remuneratória como decorrência de atividade em plantão judiciário.

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. MPRJ. REMUNERAÇÃO AOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATUAM EM PLANTÃO JUDICIÁRIO. LEI COMPLEMENTAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Nº 106/2003. RESOLUÇÃO CNMP 9/2006.

1. Embora este CNMP já tenha manifestado o entendimento segundo o qual o pagamento pela atuação de membro em plantão é incompatível com o regime de subsídio (Resolução CNMP nº 9/2003), tal parcela, no MPRJ tem previsão legal (Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 106/2003).

2.Impossibilidade de o CNMP afastar a aplicação de lei estadual ou de declará-la inconstitucional. Precedentes do próprio CNMP e do STF.

3.Procedência parcial do pedido de providências para considerar legítimo o pagamento de gratificação pelo exercício funcional nos plantões judiciários no MPRJ, na forma prevista na lei orgânica local, respeitando-se o teto remuneratório constitucional (art. 37, XI da CF/88).

ACÓRDÃO

DECISÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os membros do Conselho Nacional do Ministério Público, por maioria, julgar parcialmente procedente o presente pedido de providências, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Conselheiros Cláudio Barros, Sandra Lia, Taís Ferraz, Almino Afonso e Mário Bonsaglia.

Brasília, 22 de março de 2011.

CLAUDIA CHAGAS
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Providências formulado pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, solicitando a "inclusão de nova exceção entre os incisos do art. 4º da Res. CNMP nº 09/06, por meio da qual, atendendo à especial natureza da função, se legitime o pagamento de gratificação pelo exercício funcional nos plantões judiciários, na forma, inclusive, do que já previsto na lei orgânica local".

O requerente relata que a Resolução nº 9, de 5 de junho de 2006, ao dispor sobre o teto remuneratório constitucional e o subsídio mensal, vedou a percepção de qualquer parcela referente à atuação em plantões judiciários dos membros do Ministério Público. Prevaleceu, na ocasião, o entendimento de essa parcela teria sido absorvida pelo subsídio. Ocorre que, no MS 28.066-2, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar para suspender decisão prolatada por este CNMP no Processo 652/2008-18, restabelecendo o pagamento ou a compensação dos plantões, tendo em vista previsão em lei estadual.

Prossegue o autor demonstrando que a Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 106/03 (Lei Orgânica do Ministério Público), assim como a lei paulista (Lei Complementar 734/93), dispõe que, além dos vencimentos, é assegurada aos membros do Ministério Público gratificação pela prestação de serviços de natureza especial, dentre eles os plantões judiciários (art. 91, XIII e § 9º).[1]

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito. Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 798.

Conclui que, apesar de as leis fluminense e bandeirante serem substancialmente idênticas, está havendo tratamento diverso, em frontal violação ao princípio constitucional da isonomia, o que atinge também o princípio republicano e o caráter nacional e unitário do Ministério Público.

Além disso, sustenta o requerente a constitucionalidade da remuneração da participação dos membros nos plantões, citando a lição de José dos Santos Carvalho Filho, segundo a qual o art. 39, § 4º, da Constituição Federal não pode ser interpretado literalmente, pois deve ser compreendido em conjugação com o § 3º do mesmo artigo. Assim, aos servidores são concedidos outros direitos sociais, como aos demais trabalhadores da iniciativa privada, como, por exemplo, o adicional de férias, o décimo-terceiro salário, o acréscimo de horas extraordinárias etc. "Por conseguinte, é induvidoso que algumas situações ensejarão acréscimo pecuniário à dita parcela única".

Ressalta que o subsídio deve ser aplicado em face das funções ordinárias dos membros do *Parquet*, nos horários e dias normais de expediente, mas não inclui as situações excepcionais, como o trabalho aos sábados, domingos, feriados ou durante a noite.

Ao final, após fazer considerações sobre a insatisfação da classe diante da situação descrita, requer a inclusão do pagamento de gratificação pelo exercício funcional nos plantões judiciários nos incisos do art. 4º da Resolução CNMP nº 09/06, na forma como já é previsto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 12/61, dentre os quais parecer da lavra do Professor José Afonso da Silva, elaborado em resposta a consulta formulada pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Associação Paulista do Ministério Público e Associação Mineira do Ministério Público sobre tema correlato.

À fl. 67 o requerente pleiteia a juntada de novos documentos.

É o relatório.

VOTO

A questão contida no presente pedido de providências é polêmica e já foi objeto de decisões do CNMP, algumas das quais ensejaram mandados de segurança em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

A Resolução CNMP nº 9/2006 estabelece que estão compreendidas no subsídio do membro do Ministério Público todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as que elenca, da seguinte forma:

Art. 4º Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

I – diferença de entrância ou substituição ou exercício cumulativo de atribuições;

II – gratificação pelo exercício da função de Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente e Corregedor-Geral, quando não houver a fixação de subsídio próprio para as referidas funções;

III – gratificação pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento nos gabinetes do Procurador-Geral, Vice Procurador-Geral ou equivalente, Corregedor-Geral ou em outros órgãos do respectivo Ministério Público, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, na forma prevista no inciso V do art. 37 da Constituição Federal;

IV – exercício em local de difícil provimento;

V – incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e da aplicação do parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75 de 1993, ou equivalente nos Estados, aos que preencheram os seus requisitos até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16 de dezembro de 1998;

VI – direção de escola do Ministério Público;

VII -gratificação pelo exercício de função em conselhos ou em órgãos colegiados externos cuja participação do membro do Ministério Público decorra de lei;

Parágrafo único. A soma das verbas previstas neste artigo com o subsídio mensal não poderá exceder o teto remuneratório constitucional.

Não estando a remuneração por exercício de plantão prevista no transcrito dispositivo, prevaleceu neste Colegiado, em situações anteriores, o entendimento de que ele é vedado.

Ocorre que o recebimento pelos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro de gratificação pela atuação no plantão judiciário está expressamente previsto na Lei Complementar estadual nº 106/2003, da seguinte forma:

Art. 91. Além dos vencimentos, são asseguradas as seguintes vantagens aos membros do Ministério Público:

(...)

*XIII - **gratificação pela prestação de serviços de natureza especial**: (...)*

*§ 9º. São considerados serviços de natureza especial, dentre outros, a participação efetiva em bancas examinadoras de concursos públicos do Ministério Público, **os Plantões Judiciário em geral** e a fiscalização de concursos, assim definidos em ato do Procurador-Geral de Justiça, cuja remuneração corresponderá a uma diária." (grifos nossos)*

Assim sendo, mesmo estando vigente a Resolução nº 9/2006, deve-se reconhecer a legalidade do referido pagamento no âmbito do MPRJ, tendo em vista que este CNMP não pode afastar lei estadual para proibir a remuneração dos plantões, sob pena de ferir os princípios que regem a federação e, ainda, usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.

A Suprema Corte, inclusive, já se manifestou sobre o tema em análise, ao deferir liminar para suspender decisão deste Conselho que determinou a sustação do pagamento de gratificação aos membros do Ministério Público paulista pelo exercício de serviços de natureza especial (MS 28.066). O caso é praticamente idêntico, tendo o Relator, Ministro Marco Aurélio, consignado que o CNMP não poderia ter afastado do cenário jurídico lei complementar estadual, *"desconhecendo as peculiaridades próprias à Federação"*. Lembra o Relator que "*as unidades que a compõem gozam de autonomia governamental e tem atuação normativa vinculada tão-somente à Carta da República"*.

A declaração de inconstitucionalidade da lei em questão, portanto, não se inclui na competência deste Conselho, mas na do Supremo Tribunal Federal.

Merece transcrição parte do voto do e. Conselheiro Claudio Barros, Relator do PCA 652/2008-18 que, ao examinar os embargos de declaração opostos pelo MPSP, deu-lhes provimento, reconheceu seus efeitos infringentes e alterou entendimento anterior. Tal posição, embora não acolhida pela maioria do CNMP, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na já referida decisão liminar. Na ocasião, o Conselheiro relata bem a evolução da matéria neste Conselho:

> *"Não há dúvidas de que o Conselho Nacional do Ministério Público é Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Compete a este Órgão de controle externo a fiscalização da atividade administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público brasileiro. Evidentemente que, como já foi muito discutido neste Colegiado, a competência do Conselho Nacional não pode extrapolar os limites do controle definido na Constituição da República, fazendo incursões em determinadas matérias reservadas, exclusivamente, ao controle jurisdicional.*
>
> *A decisão embargada deu-se em procedimento de controle administrativo que foi instaurado, por determinação do Plenário do Conselho Nacional, em razão do julgamento do PCA/CNMP nº 55/2008, cuja origem fora o Estado de Pernambuco, onde o Plenário efetuara o controle da Resolução nº 2/2007 do egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público daquele Estado da Federação.*
>
> *Naquela assentada, ficou consolidada a posição do Conselho Nacional de que o membro do Ministério Público é agente político, conforme doutrina e jurisprudência majoritária (RE*

228977/SP, relator Min. Néri da Silveira). Como tal, os membros do Ministério Público, para o exercício de suas atribuições legais e constitucionais, são investidos e dotados de plena independência funcional no desempenho de suas funções, gozando, para tanto, de direitos e prerrogativas que não são oferecidos aos demais servidores públicos. Ao lado dessas garantias, possuem deveres específicos, dentre eles permanecer à disposição dos jurisdicionados e da sociedade, em regime de plantão, porquanto não sujeitos a jornada fixa e predeterminada de trabalho, sempre no atendimento ao princípio constitucional da prestação ininterrupta de suas funções.

*Em razão dessas ponderações, por não haver previsão na Lei Complementar estadual sobre a compensação, mas em Ato do Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público pernambucano, o Colegiado entendeu que aquele Ato Normativo não subsistia a um juízo de legalidade, violando o artigo 37, **caput**, da Constituição Federal, além de atentar contra o princípio constitucional da eficiência, determinando a sua desconstituição e também, que fosse procedido o controle de atos administrativos idênticos em todos os Ministérios Públicos do País.*

Assim, o Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício de suas competências constitucionais, efetuou o controle de um Ato Normativo editado pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, em razão de sua autonomia, cuja decisão que foi impugnada no Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Segurança nº 27.597, e que obteve o arquivamento através de decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie.

Há, no entanto, como ressaltou o embargante, um diferença entre as duas decisões. O ato impugnado no PCA/CNMP nº 55/2008, cujo relator fora o Conselheiro Paulo Barata, não tinha previsão legal. Ao contrário, o Ato Normativo nº 40/94 foi editado para regulamentar anterior previsão legal, presente no artigo 195, parágrafos 1º e 2º, da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993 - Lei Orgânica do Ministério Público paulista.

Havendo previsão legal dos plantões judiciários e a forma de contraprestação, e estas situações, expressamente, a Lei Complementar do Ministério Público de São Paulo as define, não há como desconstituir um ato normativo secundário, que, de forma razoável, procura regulamentar o que está disposto no seu artigo 195, parágrafos 1º e 2º.

Deve haver a presunção da constitucionalidade da Lei Complementar Estadual e o seu conteúdo deve ser cumprido na sua integralidade, enquanto o Tribunal competente não declarar a sua inviabilidade.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que não cabe aos Órgãos de controle administrativo invadir área de competência reservadas, pela Constituição Federal, ao controle do Poder Judiciário. (...)

Nessa linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.264/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário da

Justiça de 5 de outubro de 2007, entendeu que a Emenda Constitucional nº 45/2004 implicou a criação não só do Conselho Nacional de Justiça como também do Conselho Nacional do Ministério Público, aos quais compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público, zelando-lhes - é esta a atribuição primeira - pela autonomia funcional e administrativa. ***Tudo isso com observância das normas maiores da constituição e dos Estatutos respectivos.***

Também, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir o seu voto no mesmo julgamento, esclareceu questão de relevo ao definir que os conselhos têm de se lastrear em um princípio de subsidiariedade, quer dizer, não se pode consolidar competências ablativas das competências dos demais órgãos. Parece-me, sustenta o Ministro Gilmar Mendes, ser esse um elemento central desse pensamento, sob pena dessas autonomias todas se tornarem, autonomia do conselho, no caso, o Conselho Nacional do Ministério Público, ou eventualmente, o Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional, sem a pretensão de extrapolar a competência atribuída pela Corte Constitucional, ao fazer incursões em determinadas matérias reservadas ao controle jurisdicional, expõe a necessidade da revisão das suas decisões, quando forem manejados, como no caso em tela, os recursos administrativos previstos.

Recentemente, no dia 27 de outubro de 2008, o Supremo Tribunal Federal conferiu liminar ao pleito do Ministério Público catarinense, no Mandado de segurança nº 27.744, cujo Relator foi o Ministro Eros Grau, publicado no Diário da Justiça de 4 de dezembro de 2008, onde deixou claro que o Conselho Nacional do Ministério Público não tem competência, por ser Órgão puramente de controle administrativo, para efetuar o controle concentrado da constitucionalidade de lei.

Esta matéria tem se repetido em contínuas discussões neste Colegiado, que, por vezes, tem avançado no controle não apenas de atos administrativos ou normativos, mas de constitucionalidade de leis, principalmente as de organização dos Ministérios Públicos, fato que refoge de sua competência constitucional. O controle direto e concentrado da constitucionalidade de leis é matéria reservada à competência definida ao Poder Judiciário, que detém o seu monopólio, nos termos da Constituição da República. (Grifos do autor)

Assim sendo, não resta dúvida de que, havendo previsão expressa na Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro nº 106/2003 (art. 91, XIII e § 9º), não há qualquer impedimento ao pagamento de gratificação aos membros do Ministério Público daquele Estado pelo plantão judiciário, considerado serviço de natureza especial.

Quanto ao pedido de alteração da Resolução CNMP nº 9, a abranger todo o Ministério Público brasileiro, não é de ser acolhida no presente feito, tendo em vista que

depende de um estudo mais aprofundado da questão, com a proposição, em separado, de proposta de Resolução, nos termos regimentais.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o presente pedido de providências para que se considere legítimo o pagamento de gratificação pelo exercício funcional nos plantões judiciários no MPRJ, na forma prevista na lei orgânica local, respeitando-se o teto remuneratório constitucional (art. 37, XI da CF/88).

Brasília, 22 de março de 2011.

CLAUDIA CHAGAS
Relatora

PROCESSO Nº0.00.000.001768/2010-81
RELATOR: CONSELHEIRA SANDRA LIA SIMÓN
REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
OBJETO: PROPOSTA DE RESOLUÇÃO QUE TRATA DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL EM PROCESSO JUDICIAL QUE REQUER AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊCIAS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. MANIFESTAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL QUE REQUER AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. PROPOSTA DE RESOLUÇÃO.

1. Existência de diversos Pareceres do Ministério Público, por meio dos quais Membros manifestam-se favoravelmente à concessão de alvarás judiciais para que crianças e adolescentes trabalhem antes dos 16 (dezesseis) anos de idade, em absoluto confronto ao estipulado no art. 7º, inciso XXXVIII, da Carta Magna.

2. A Constituição Federal proíbe QUALQUER trabalho para menores de 16 (dezesseis) anos, salvo aquele praticado na condição de aprendiz, aos maiores de 14 (quatroze) anos, mas nas condições especificadas em legislação própria e minuciosa. Certo é que se admite, por construção jurisprudencial respaldada em norma internacional, o trabalho artístico às crianças e aos adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos, mas apenas com garantias específicas de salvaguarda da condição de pessoa em desenvolvimento, garantias estas que devem passar por estrito acompanhamento do Parquet, inclusive.

3. Em nível infraconstitucional e em estrita observância ao valor plasmado na Constituição, o legislador ordinário, por meio da Lei 8.069/90, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente – , procurou, também, proteger estas mesmas pessoas, traçando diversas normas que buscam

retirá-las das ruas, dos campos, dos trabalhos insalubres, perigosos e nocivos, salvaguardando sua saúde e seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. O objetivo destas normas outro não é que o de dar-lhes condições mínimas de um crescimento em condições de liberdade e dignidade.

4. É imprescindível conhecer os referidos Pareceres permissivos de trabalho a adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos de idade, para compreender a realidade que, em tese, justificaria este tipo de manifestação ministerial. Neste caso, este Conselho Nacional poderia adotar medidas diversas, inclusive incentivando e auxiliando na instituição de cursos de capacitação, direcionados à matéria da infância e juventude.

5. É igualmente imprescindível que haja um incentivo entre a atuação do Ministério Público Estadual e do Distrito Federal/Territórios com o Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público com atribuição para fazer efetiva a Lei da Aprendizagem. Esta, aliás, a integração dos ramos do Ministério Público, é uma das metas do CNMP, plasmada em seu planejamento estratégico.

6. PROCEDÊNCIA PARCIAL, para que seja expedida RESOLUÇÃO, iniciando-se a contagem do prazo regimental de 15 (quinze) dias, para apresentação de emendas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, a unanimidade, pela procedência parcial do presente Pedido de Providências, tudo nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2011.

SANDRA LIA SIMÓN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Providências, com requerimento de concessão de medida liminar, proposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, representado por OTÁVIO BRITO LOPES, Procurador-Geral do Trabalho.

Segundo o Requerente, uma das metas prioritárias da Instituição é a concretização de medidas que objetivem o banimento do trabalho infantil, bem como a proteção do trabalho do adolescente.

Nesta área, uma das matérias com a qual o *Parquet* laboral frequentemente se depara é a autorização judicial que permite o trabalho de adolescentes, com idade inferior a 16 (dezesseis) anos. Por tal motivo, uma das metas específicas da COORDINFÂNCIA/MPT – Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes, constante do Planejamento Estratégico do MPT é:

> *"buscar, juntamente com o Procurador-Geral, articular-se com organismos e entidades colegiadas no sentido de obter tratamento uniforme no âmbito das Procuradorias Gerais de Justiça acerca da questão, sem embargo do trabalho a ser realizado em âmbito estadual pelas Regionais."*

Assim, numa verdadeira articulação com os demais ramos do Ministério Público, busca-se invalidar as referidas autorizações judiciais. Num primeiro momento, esta ação articulada era feita caso a caso, mas passou a ser realizada de forma coordenada, em virtude do crescente número destas autorizações. Tal fato gerou, também, a necessidade de uma atuação junto aos Tribunais de Justiça do Estados.

O Requerente informa que um dos resultados práticos desta articulação foi a expedição, por algumas Corregedorias-Gerais de Justiça, de Recomendações, para que fosse observada a regra insculpida no art. 7º, inciso XXXVIII, da Carta Magna. Mesmo assim, cita casos de autorizações concedidas no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por exemplo, mesmo após a expedição de recomendação da Corregedoria-Geral de Justiça local.

Requereu medida liminar, nos seguintes termos:

> *"LIMINARMENTE, requer-se a concessão de medida para suspender todas as manifestações do Ministério Público que sejam favoráveis a autorizações judiciais que permitam o trabalho de adolescentes menores de 16 anos, para cuja finalidade devem ser cientificados todos os Ministérios Públicos dos Estados, uma vez que estão presentes seus requisitos autorizadores. Com efeito, a fumaça do bom direito repousa em todo o arcabouço normativo internacional*

e nacional (constitucional e infraconstitucional), acima destacado. A existência do direito se avulta no momento em que a Ordem Jurídica pátria veda, expressamente, qualquer trabalho aos menores de 16 anos (art. 7, XXXIII, da CF88). Veja-se, inclusive, que a letra do art. 227 da Constituição Federal é clara ao determinar que o dever jurídico de tutela de crianças e adolescentes deve ser cumprido com ABSOLUTA PRIORIDADE. Assim, todo o arcabouço jurídico, supraconstitucional, constitucional e legal, extravasado nesta peça, aponta para a existência dos direitos das crianças e adolescentes em não trabalharem, ficando a salvo de toda a ordem de risco à sua integridade biopsicossocial.

Quanto ao perigo da demora, tal se funda no perigo de irreversibilidade dos danos biológicos, sociais e morais causados ao adolescente que trabalha antes da idade permitida."

A medida liminar foi por mim indeferida, uma vez que a matéria confundia-se com o mérito, o que poderia dar-lhe conotação satisfativa, não permitida em sede de cognição sumária.

No mérito, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO requer o seguinte:

"Assim, diante os fatos aludidos no item I deste petitório, que demonstram, no exercício de jurisdição voluntária, a persistência de expedição de manifestações do Ministério Público, opinando favoravelmente às autorizações judiciais para o trabalho antes da idade mínima fixada no art. 7, XXXIII, da Constituição Federal, a demonstrar, pois, flagrante inconstitucionalidade e nulidade do ato administrativo proferido em sede de jurisdição voluntária, bem como a exemplo das Procuradorias Gerais de Justiça acima destacadas, que expediram atos administrativos com vistas a tratar da questão – porém, sem sucesso, desafiando solução de maior e melhor abrangência – este Ministério Público do Trabalho avia o presente pedido de providências, a fim de que esse Conselho, no exercício das atribuições constitucionais que lhe foram conferidas pelo art. 130-A, §2º, I e II, da CF/88, discipline a expedição de manifestações ministeriais em processos de alvarás, para que, em definitivo, não sejam mais expedidos em desacordo com os princípios e regras estabelecidos na Constituição Federal, vedando-se, pois, manifestações favoráveis a autorizações judiciais para o trabalho de adolescentes que ainda não atingiram a idade mínima de 16 anos." (grifo nosso).

É o relatório.

VOTO

O objeto dos presentes autos é de extrema relevância para a sociedade e para o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu Comissão permanente para tratar do aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público nos assuntos relacionados à criança e ao adolescente.

A realidade que se nos apresenta é a existência de diversos Pareceres do Ministério Público, por meio dos quais Membros manifestam-se favoravelmente à concessão de alvarás judiciais para que crianças e adolescentes trabalhem antes dos 16 (dezesseis) anos de idade, em absoluto confronto ao estipulado no art. 7º, inciso XXXVIII, da Carta Magna, que reza o seguinte:

> *"XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos"*

Imprescindível, também, destacar a preocupação do constituinte quanto ao tema, pois no seu art. 227, a Lei Maior consagrou o**s princípios da proteção integral da criança e do adolescente e da prioridade absoluta**, assim estabelecidos:

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Pela simples e singela leitura dos dispositivos constitucionais citados, verifica-se que os Pareceres exarados pelos Membros do Ministério Público, com manifestações favoráveis à concessão de alvarás judiciais autorizativos de trabalho, antes da idade mínima prevista, ferem a ordem constitucional.

A Constituição Federal, conforme artigo acima referido, proíbe QUALQUER trabalho para menores de 16 (dezesseis) anos, salvo aquele praticado na condição de aprendiz, aos maiores de 14 (quatroze) anos, mas nas condições especificadas em legislação própria e minuciosa. Certo é que se admite, por construção jurisprudencial respaldada em norma internacional, o trabalho artístico às crianças e aos adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos, mas apenas com garantias específicas de salvaguarda da condição de pessoa em desenvolvimento, garantias essas que devem passar por estrito acompanhamento do *Parquet*, inclusive.

A proibição genérica do trabalho tem sua razão de ser: a proteção das pessoas com idade inferior a dezesseis anos, que devem se dedicar às atividades próprias desta condição, em estrito cumprimento e observância à doutrina da proteção integral.

Em nível infraconstitucional e em estrita observância ao valor plasmado na Constituição, o legislador ordinário, por meio da Lei 8.069/90, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente –, procurou, também, proteger essas mesmas pessoas, traçando diversas normas que buscam retirá-las das ruas, dos campos, dos trabalhos insalubres, perigosos e nocivos, salvaguardando sua saúde e seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. O objetivo dessas normas não é outro que o de dar-lhes condições mínimas de um crescimento em condições de liberdade e dignidade.

No art. 4°, do ECA, consta expressamente:

> *Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.*
>
> *Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:*
>
> *a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
>
> *b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública:*
>
> *c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;*
>
> *d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.*

Mas não é só. Além de inconstitucionais, Pareceres de Promotores de Justiça favoráveis à autorização para trabalho aos adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos de idade também subvertem o ordenamento jurídico transnacional, aplicável no Brasil por força de diversos atos de ratificação.

A ordem constitucional brasileira, ao prever a aplicação de dispositivo deste jaez, se coaduna ao sistema internacional de normas tutelares do desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes, de que o Estado brasileiro faz parte.

Com efeito, o Brasil sempre aderiu aos documentos internacionais que, de alguma forma, protegem crianças e adolescentes, sejam Tratados Internacionais, Convenções ou Declarações, de sorte que o direito internacional é inserido dentro do ordenamento jurídico brasileiro, senão com valor de emenda constitucional (diante do novo teor do art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC n.º 45/04), como norma legal de status federal, ou – pode-se ainda admitir – como costume jurídico.

Dentre todo esse aparato internacional, devem ser destacadas as seguintes normas:

> **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)**
>
> **Princípio 9°** - *A criança gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique à saúde ou à educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.*
>
> **CONVENÇÃO N. 138 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).** *Dispõe sobre idade mínima de admissão ao emprego, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto N° 4.134/2002.*
>
> **art. 3° (...)**
>
> **Item I** *"Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do adolescente.*
>
> **CONVENÇÃO N. 182 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).** *Dispõe acerca das piores formas de trabalho infantil. Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto N° 3.597/2000.*
>
> *Define o* **Artigo 3°**, **alínea "d"** *da referida Convenção, como piores formas de trabalho infantil aquelas que "por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.*

Desse modo, os mencionados Pareceres atingem não somente a ordem interna, mas também a normatividade internacional, criando um quadro nocivo e que coloca o País numa difícil situação internacional, já que agentes políticos do próprio Estado balizam a prática exploratória e perversa do trabalho infantil.

Constata-se, pois, que a conduta perpetrada repousa em alta escala de gravidade, expondo inadmissível paradoxo. É que, sendo o Estado brasileiro signatário de todas essas normas, e tendo, dentre seu próprio arcabouço jurídico, regra de dignidade constitucional de proibição de trabalho a menores de 16 anos, jamais poderia tolerar que seus próprios agentes políticos, no caso, membros do Ministério Público, pudessem agir manifestando-se favoravelmente a autorizações judiciais de trabalho antes daquela idade mínima.

Não é demais repetir que todo esse aparato normativo tem uma razão de

ser incontestável: impedir que sérios prejuízos se perpetuem ao desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes.

Com efeito, a salutar proibição do trabalho infantil tem caráter, sim, eminentemente protecionista, visando não apenas resguardar a criança e o adolescente, de modo a reservar-lhes crescimento mais saudável como, também, mantê-los longe das vicissitudes as quais se expõem em uma atividade laboral.

Ademais, é na infância e na adolescência que se forma o indivíduo para a vida. O norte da pessoa delineia-se e orienta-se na família e na escola. É na infância que se devem propiciar condições mínimas de estudo, oportunidades de aprendizagem e a busca de um ambiente saudável. O convívio social é muito importante nesta fase evolutiva do ser humano.

Entretanto, não raro, situações de trabalho podem expor as crianças a outros vínculos, que as levam ao acesso às drogas, ao álcool e ao roubo, deixando de lado a família e a escola.

As discussões em torno da questão do trabalho infantil chegam, inevitavelmente, ao quadro de miséria de grande parte da população brasileira, que induz a uma concepção favorável a essa situação. Durante muito tempo, prevaleceu no Brasil, a falsa concepção de que o trabalho infantil seria uma solução à pobreza. A idéia de que "é melhor trabalhar do que roubar ou passar fome" perpetua a exclusão e o fracasso dos filhos das classes populares, gerando um ciclo contínuo que obsta que as pessoas das classes mais baixas da sociedade tenham acesso a melhores condições de vida.

Aliás, muitos são os mitos de permissibilidade do trabalho infantil na atual sociedade capitalista: "o trabalho infantil é necessário, porque a criança está ajudando sua família a sobreviver"; ou que "a criança que trabalha fica mais esperta, aprende a lutar pela vida e tem condições de vencer profissionalmente quando adulta". Propagam-se tais afirmações, mas se olvida que, quando a família se torna incapaz de prover o próprio sustento, essa obrigação cabe ao Estado e à sociedade organizada, e não às crianças.

Ademais, o trabalho precoce nunca foi etapa necessária para uma vida bem-sucedida; ele não qualifica, e portanto, é inútil como mecanismo de proteção social. Mitos como este são falácias, haja vista que o trabalho infantil afeta diretamente a freqüência escolar e, como corolário, engendra uma maior dificuldade no aprendizado, por causar fadiga. E esta, como todos sabem, além de debilitar o estado físico de qualquer ser humano, atinge mais forte uma pessoa em desenvolvimento, caracterizando-se, inclusive, como uma das principais causas dos acidentes de trabalho.

Estudos científicos modernos demonstram que trabalhar precocemente

compromete o desenvolvimento físico, psíquico e social dos pequenos trabalhadores e os afasta da escola. Outras consequências dessa exploração podem ser, desde já, apontadas: perda do interesse nos estudos; repetência e/ou fracasso escolar; dificuldade no processo de alfabetização; diminuição da capacidade de aprendizagem; diminuição do tempo dedicado às brincadeiras, ao descanso, e ao convívio familiar; estresse físico, emocional e psicológico; diminuição da auto-estima; exposição à situações de repressão, excessiva disciplina, relações de subserviência e humilhações; perda dos sentimentos de identidade de grupo, da habilidade para cooperar com outras pessoas e da capacidade de distinguir o certo do errado.

Por tudo isso, seja por vedação no plano das normas, seja pelas conseqüências do plano fático, constata-se que Pareceres, como os questionados nos presentes autos, não deveriam subsistir no mundo jurídico, pois reproduzem a perversidade e exploração de práticas consentidas de trabalho infantil, a macular com toda a sorte de prejuízos, como visto, o tempo sagrado da infância e, consequentemente, a posterior vida adulta de vários cidadãos.

Não é à toa que, conforme demonstrado nos presentes autos, às fls. 30/66, vários Tribunais de Justiça e vários ramos do Ministério Público Estadual, preocupados com esta situação de exploração do trabalho infantil, tolerada e mesmo incentivada por autorizações judiciais e Pareceres ministeriais permissivos, têm editado atos que visam a desestimular práticas ilegais como as suscitadas pelo Parquet laboral, neste feito.

Fruto desta atuação em regime de verdadeira parceria entre o MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO e ramos do MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, foram expedidas algumas recomendações, no sentido da não concessão de autorizações para o trabalho de menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendizes, a partir de quatorze anos, como prevê a Constituição Federal.

Citem-se como exemplos a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Mesmo com as referidas normas recomendatórias em vigor, segundo números recentes divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, existem, em vigor, quase 30.000 (trinta mil) autorizações judiciais permitindo o trabalho a adolescentes antes da idade mínima constitucional.

Todavia, em que pese o alto grau de antijuridicidade destes Pareceres, uma

das pretensões postuladas pelo Ministério Público do Trabalho, não pode ser acolhida por este Conselho, qual seja, a regulamentação, em definitivo, de oferecimento de Pareceres ministeriais, corroborando as autorizações de trabalho antes da idade mínima prevista na CF/88.

Isto porque tal providência demandaria análise da atividade finalística do Membro do Ministério Público, o que não é possível, em decorrência das competências constitucionais deste Conselho e do preconizado no seu Enunciado nº 06.

Nem se argumente, *data venia*, que ato ministerial relacionado à jurisdição voluntária foge da análise da atividade-fim. A jurisprudência e a doutrina modernas dominantes dão à jurisdição voluntária a característica de verdadeiro ato jurisdicional, que coloca fim a uma situação de insatisfação ou de incerteza, ainda que sem o estabelecimento tradicional do contraditório (*v. Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004; STJ, CC nº 37.310, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14/04/2003).

Mesmo se tratando de ato relativo à atividade-fim do Ministério Público, este Conselho Nacional não pode assistir impassivelmente a proliferação de manifestações ministeriais, em total desacordo com a Constituição Federal, legislação infraconstitucional e normas internacionais. Este Conselho Nacional não pode permanecer neutro em relação ao desrespeito institucional de um dos direitos humanos mais destacados pelo constituinte brasileiro na conformação do Estado Democrático de Direito e na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Este Conselho Nacional, enfim, não pode admitir, que no Ministério Público brasileiro prevaleçam convicções pessoais, embasadas em falsas premissas e falácias que justificaram o auge do capitalismo selvagem, no final de século XIX.

Por outro lado, este Conselho não deve dar à questão um tratamento disciplinar, mas é inegável que lhe cabe, nos contornos da sua missão constitucional de coordenação, iniciar, no âmbito do Ministério Público brasileiro, o enfrentamento e o debate da matéria.

Para tanto, é imprescindível conhecer os referidos Pareceres permissivos de trabalho a adolescentes menores de 16 (dezesseis) anos de idade, para compreender a realidade que, em tese, justificaria este tipo de manifestação ministerial. Neste caso, este Conselho Nacional poderia adotar medidas diversas, inclusive incentivando e auxiliando na instituição de cursos de capacitação, direcionados à matéria da infância e juventude.

É igualmente imprescindível que haja um incentivo entre a atuação do Ministério Público Estadual e do Distrito Federal/Territórios com o Ministério Público do Trabalho, ramo do Ministério Público com atribuição para fazer efetiva a Lei da

Aprendizagem. Esta, aliás, a integração dos ramos do Ministério Público, é uma das metas do CNMP, plasmada em seu planejamento estratégico.

Enfim, é imprescindível que este Conselho Nacional assuma sua responsabilidade de encaminhar o correto enfrentamento da questão no âmbito do Ministério Público.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Pedido de Providências, para que seja expedida RESOLUÇÃO, conforme proposta anexa, iniciando-se a contagem do prazo regimental de 15 (quinze) dias, para apresentação de emendas.

Brasília, 27 de abril de 2011.

SANDRA LIA SIMÓN
Relatora

PROCESSO Nº 0.00.000.000915/2007-08
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO BARROS SILVA
REQUERENTE: ELCIMAR QUIRINO
INTERESSADO: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
OBJETO: Atuação dos membros do Ministério Público no segundo grau.

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. ATUAÇÃO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU. NECESSIDADE DE PERMANENTE DISCUSSÃO INTERNA DOS MEMBROS E DA INSTITUIÇÃO. INICIATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ESTABELECER SUGESTÕES PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANÁLISE DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS E REPASSADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO. PROPOSTAS PARA ENCAMINHAMENTO E CONSTRUÇÃO DE NOVO MODELO PARA O APROVEITAMENTO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ATUAM NO SEGUNDO GRAU, POR SEU PREPARO TÉCNICO E EXPERIÊNCIA. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS JULGADO PROCEDENTE.

1. A atuação dos membros do Ministério Público em segunda instância está inserida no denominado *sistema de justiça*, onde diversos atores têm responsabilidades definidas, pela Constituição Federal e pelas leis de organização, através de regras de competência e de atribuições. Como os magistrados, os advogados, públicos ou privados, os membros do Ministério Público fazem parte e têm responsabilidades com a efetividade do *sistema de justiça* e, conforme a situação analisada, com a atuação perante os Tribunais, em segundo grau de jurisdição.

2. Deve o Ministério Público, e esta também é função do Conselho Nacional, romper com praxes ultrapassadas, burocráticas e desassociadas de sua atuação, em busca de novas práticas, por vezes até desconhecidas, mas mais próximo da realidade social e da efetividade do direito. A velocidade imposta à vida contemporânea, que se manifesta pelas transformações

sociais, pela virtualidade das comunicações e do próprio processo, exige a efetiva adequação institucional ao seu tempo. Anseia a sociedade por uma justiça menos burocratizada, construída ao longo do tempo em modelos anacrônicos e excessivamente formais, onde a adequação ao mundo contemporâneo se faça presente, efetivamente.

3. Não havia, para uma real avaliação, dados referenciais confiáveis sobre a questão posta, fato que impõe o controle da movimentação processual em todo o Ministério Público para a concretização de posicionamentos sobre as atribuições exercidas pelos membros do Ministério Público que exercem cargos e funções em segundo grau. Por esta razão, foi determinada a expedição de ofícios aos Procuradores-Gerais do Ministério Público da União e dos Estados e aos Corregedores-Gerais do Ministério Público da União e dos Estados. Muitas unidades do Ministério Público da União e dos Estados não lograram responder a todos os quesitos, o que é lastimável. Por outro lado, cabe consignar, outras unidades do Ministério Público empreenderam todos os esforços para atender aos pedidos formulados, detalhando a atividade de cada membro da Instituição em segundo grau.

4. Os dados ofertados indicam a vulnerabilidade da Instituição, especialmente pelo que representa o levantamento. Fica claro a necessidade do Ministério Público dirigir o seu olhar para dentro da Instituição para enfrentar, com seriedade e muita responsabilidade, os problemas identificados. Há, por certo, espaços institucionais e democráticos para a valorização integral dos membros da Instituição, especialmente a valorização dos membros que exercem os seus cargos na segunda instância.

5. O acertamento objetivo das atribuições e das funções, como outros acertamentos democráticos necessários, deve merecer a atenção e a capacidade de criação do Ministério Público nas suas necessárias reflexões voltadas à construção e à consolidação das atribuições dos membros da Instituição. Por certo, será dentro deste espaço de regras de organização institucional existente que terá que ocorrer o repensar da atuação do Ministério Público em segundo grau. Cabe, no entanto, ressaltar que não há mais motivo ou justificativa para evitar este trabalho que será extremamente difícil e árduo, mas que poderá dar novo ânimo ao trabalho dos membros da Instituição.

6. No segundo grau, têm assento os membros do Ministério Público com

extrema capacitação técnica que, na sua vida profissional, acumularam, em regra, experiências jurídicas e de vida que não são encontradas facilmente na Instituição. Esses membros estão, por certo, no ápice da carreira e recebem a maior remuneração, por exercerem o cargo mais elevado da estrutura da carreira no Ministério Público. Como conquistaram prestígio na vida profissional, possuem a maior remuneração, acumularam experiências, devem ser, necessariamente, valorizados e estar disponíveis aos permanentes desafios e compromissos do Ministério Público. Por certo, não pode haver zonas de conforto ou de acomodação. Esses qualificativos não devem fazer parte dos requisitos que caracterizam os membros do Ministério Público brasileiro.

7. Deve a Instituição estar atenta à importância da atuação em segundo grau. Não há como se pensar que se tenha estrutura formal, com profissionais extremamente qualificados e experientes, com suporte técnico dos serviços auxiliares, que caracterizam a qualificação dos recursos humanos que dispõe o Ministério Público, para atuação em ambientes próprios, com estrutura material necessária, para atuação, como em algumas unidades dos Estados, de baixa média mensal, por membro. Há que se aproveitar esta experiente mão de obra em outras funções, sem prejuízo das funções originárias, para atuar em áreas em que o Ministério Público deve avançar na tutela dos interesses da sociedade.

8. Não há mais como ser reservado ao segundo grau, apenas, a função de *custos legis*, intervindo, formalmente, em processos instruídos e formados pelas partes, muitos deles repetitivos, tão somente para cumprir determinação legal. Podem os membros do Ministério Público, em segundo grau, por sua qualificação e experiência, dar muito mais à sociedade. Para tanto, é necessário o compromisso da Instituição. Deve o Ministério Público, em cada unidade, respeitadas as autonomias e a independência funcional, achar espaços novos, de responsabilidade social, para a atuação mais abrangente dos membros do Ministério Público em segundo grau.

9. Necessidade de expedição de recomendação às Chefias do Ministério Público para que estabeleçam, permanentemente, encontros e discussões sobre o papel do Ministério Público em segundo grau, com o fim de destacar os compromissos de seus membros para com a sociedade, priorizando esta fundamental função institucional, valorizando a experiência e qualificação de seus membros.

10. Estabelecimento de um número razoável de manifestações mensais em processos no segundo grau, devendo, em cada Ministério Público, haver a distribuição equânime de processos, nos termos das leis de organização. A convocação de membros do Ministério Público de primeiro grau para atuação em segunda instância deve se dar, por ato excepcional e fundamentado, nos termos previstos nas leis de organização. Alteração da redação do artigo 3º e do artigo 5º, inciso XX, da Recomendação CNMP nº 16/2010, para acrescentar a expressão "sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal pelo órgão ministerial de segundo grau".

13. O Conselho Nacional deve realizar, nos próximos seis (6) meses, encontro nacional de membros de segundo grau da Instituição, com participação obrigatória de, no mínimo, cinco (5) membros de cada unidade do Ministério Público, e facultativa aos demais membros, onde se discutirá as questões de interesse da Instituição.

14. Procedência do Pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, por unanimidade, julgar procedente o presente pedido de providências, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de maio de 2011.

CLÁUDIO BARROS SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de **pedido de providências** encaminhado, por via eletrônica, ao Conselho Nacional do Ministério Público, por **Elcimar Quirino,** devidamente qualificado, em que reconhece o trabalho deste Órgão Nacional de Controle e destaca a necessidade de maior discussão, *no âmbito social e ministerial*, sobre a atuação dos membros do Ministério Público no segundo grau, entendendo que *o novo perfil* da Instituição *pouco irradiou nesse setor, que ainda permanece inerte e parecerista*. Em razão dessas afirmações, solicitou a iniciativa do Conselho Nacional para que estabeleça *um grupo de estudos para apresentar soluções para o perfil da 2ª instância ministerial, que seja recomendado que os membros de 2ª instância compareçam aos julgamentos nos Tribunais, pois não estão fazendo sustentação oral, o que já tem virado motivo de piada nos meios jurídicos e promovido o desgaste institucional* e, por fim, *que sejam responsáveis* pelas ações estratégicas do *Ministério Público, inclusive pela uniformização de jurisprudência*.

O feito foi distribuído, inicialmente, ao eminente Conselheiro Sandro José Neis que o encaminhou à Comissão de Planejamento Estratégico para discussão e deliberação. O feito foi apensado aos procedimentos n° 0.00.000.000518/2007-28 e n° 0.00.000.000935/2007-71, em cumprimento a decisão exarada no âmbito da Comissão de Planejamento Estratégico. Como o procedimento n° 0.00.000.000935/2007-71 fora instaurado por iniciativa deste Conselheiro e distribuído ao Conselheiro Fernando Quadros, visando estudos mais amplos sobre a intervenção processual do Ministério Público do que, apenas, no segundo grau, solicitei, naqueles autos, que os processos fossem separados e redistribuídos a este Conselheiro.

Todavia, estes autos foram distribuídos à Conselheira Maria Ester Henriques Tavares que, comungando com as posições que havia expressado, os devolveu à Comissão de Planejamento Estratégico. Em reunião da Comissão de Planejamento Estratégico, realizada no dia 8 de setembro de 2009, decidiu-se pelo encaminhamento do presente procedimento e do de n° 0.00.000.000935/2007-71 à Comissão de Preservação da Autonomia do Ministério Público.

Recebi sugestões do Conselheiro Achiles de Jesus Siquara Filho sobre a necessidade do Conselho Nacional reunir membros do Ministério Público com atuação no segundo grau de todas as unidades da Instituição para ouvir as posições daqueles que exercem atividade-fim na segunda instância.

Foram cumpridas as diligências necessárias.

É o relatório.

VOTO

De fato a questão proposta, embora de forma muito restrita, ensejou a necessidade de providências pela Comissão Permanente de Preservação da Autonomia, principalmente em razão dos argumentos postos no despacho de fls. 9 até 12, e clama pela posição do Colegiado.

A primeira sugestão do requerente foi objeto de decisão no procedimento 0.00.000.000935/2007-71, que tratou da intervenção do Ministério Público no processo civil.

Sugere, ainda, o requerente que o Conselho Nacional faça recomendação aos membros do Ministério Público de segundo grau para que compareçam aos julgamentos nos Tribunais, em razão de problemas que identifica. Esta questão, em tese, não necessitaria de recomendação, pois trata de matéria prevista em Lei, cabendo ao Conselho Nacional o exame dos casos concretos, caso provocado.

Por fim, sugere que os membros do Ministério Público com atuação no segundo grau sejam responsáveis por ações estratégicas e uniformização de jurisprudência.

As proposições trazidas pelo requerente são importantes, pois, realmente, em razão da responsabilidade constitucional do Ministério Público brasileiro e das limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, deve o Conselho Nacional se debruçar sobre questões que hoje, na leitura interna e aos olhos da sociedade, perecem estar ultrapassadas.

De fato, é incompreensível para qualquer cidadão, com sua visão externa, e muito mais para os membros do Ministério Público, envolvidos diretamente com o exercício de sua missão constitucional e legal, que, ao atingirem o último grau da carreira, quando, em tese, pela idade e pela experiência na vida institucional, estão prontos para todas as ações da Instituição, venham a perder mais da metade de suas atribuições. Neste momento de sua vida institucional, pelo acesso ao último grau da carreira, passam a atuar, de forma burocrática, em processos já instruídos, quando, por sua qualificação e conhecimento, poderiam prestar à sociedade serviços com efetivos resultados sociais. Não se quer, com isto, dizer que deva o Ministério Público deixar de intervir em processos, mas, sem dúvida, deve ser aprofundado o exame e o estudo sobre a necessidade da manifestação em feitos que não tenham a mínima repercussão social.

Esta, por certa, a razão da afirmação feita pelo requerente de que a atuação, em segundo grau, por vezes, *é motivo de piadas nos meios jurídicos e tem promovido o desgaste institucional.*

É importante ressaltar, inicialmente, que a atuação dos membros do Ministério Público em segunda instância está inserida no que se denomina *Sistema de Justiça*, onde diversos atores têm responsabilidades definidas, pela Constituição

Federal e pelas leis de organização, através de regras de competência e de atribuições. Como os magistrados, os advogados, públicos ou privados, os membros do Ministério Público fazem parte e têm responsabilidades com a efetividade do *Sistema de Justiça* e, conforme a situação analisada, com a atuação perante os Tribunais, em segundo grau de jurisdição.

Evidente que o País que esteja adequado à democracia, que se afirme o Estado de Direito, há o reconhecimento da necessidade do duplo grau de jurisdição, como garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A existência desse sistema de controle dos julgamentos monocráticos, que se dá no duplo grau de jurisdição, em tese, visa assegurar maior qualidade às decisões singulares, *ante a crença,* como sugere Rogério Schietti M. Cruz, ***in*** Entre o direito ao duplo grau e a efetividade da jurisdição penal (www.cartaforense.com.br), *de que a experiência e o tirocínio jurídico dos juízes que compõem o segundo grau de jurisdição lhes conferem melhores condições de analisar o processo, sem as paixões e as pressões que costumam ocorrer na primeira instância.*

É nesse ambiente, perante os Tribunais, onde atuam julgadores *mais experientes e com tirocínio jurídico,* que o Ministério Público exerce as suas atribuições em segundo grau. A par das críticas que se possa fazer ao sistema do duplo grau de jurisdição, principalmente a demora na solução dos litígios e o número de recursos possíveis, o sistema é fundamental à democracia e à afirmação da cidadania.

Essa é a razão da necessidade da análise do desempenho e dos resultados do Ministério Público com atuação na segunda instância. Deve a Instituição, e esta também é função do Conselho Nacional, romper com praxes ultrapassadas, burocráticas e desassociadas da vida real, para buscar o novo, por vezes até o desconhecido, mas mais próximo da realidade social e da efetividade do direito. A velocidade imposta à vida contemporânea, através da virtualidade das comunicações e do próprio processo, exige a efetiva adequação institucional a esse tempo. Anseia a sociedade por uma justiça menos burocratizada, construída ao longo do tempo em modelos anacrônicos e excessivamente formais, protótipo da má justiça, onde a adequação ao mundo contemporâneo se faça presente, efetivamente.

Hugo Nigro Mazzilli, eminente doutrinador a respeito de questões do Ministério Público, em artigo publicado na Revista Plural, ano 14, nºs 41 e 42, jan.-jun. 2010, da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, p. 5, intitulado "A *atuação do Ministério Público em segunda instância*", depois de reconhecer os avanços da Instituição, diz que "*não houve a correspondente mudança na metodologia de trabalho e na atuação dos Procuradores de Justiça, pois o Ministério Público estadual continuou dividido em duas instâncias, quase estanques, sem maior sinergia entre si*".

Ainda, reafirmando suas lições, disse Hugo Mazzilli que *"os membros do Ministério Público são todos verdadeiros Promotores de Justiça, pois os Procuradores nada mais são que Promotores mais experientes. Seu potencial, contudo, ainda é subaproveitado, pois, não raro, os Procuradores se limitam a dar assessoria jurídica aos tribunais, sem assumir posição processual condizente com a causa que trouxe a instituição ao processo"*.

Hugo Mazzilli reproduz o retrato do Ministério Público com atuação em segundo grau. Para ele, *"na prática, os Procuradores de Justiça limitam-se a dar pareceres nos processos em que se exija a intervenção do Ministério Público no segundo grau, sendo as sustentações orais geralmente atribuídas a Procuradores designados."* E acrescenta com lucidez*: "Há nisso um grave erro de enfoque. Em primeiro lugar, o Procurador de Justiça é um Promotor de Justiça da mais alta instância. Deveria ser mais bem aproveitado, e não desestimulado. Enquanto o Promotor é um agente político que toma decisões funcionais (se investiga, se propõe uma ação, se interpõe um recurso), já o Procurador é limitado, e no mais das vezes trabalha em casa, não investiga, não colhe provas, não propõe ações, sequer interpõe recursos, limitando-se a encaminhar às equipes especializadas sugestões para eventuais providências institucionais. E, por último, não raro acaba sendo mesmo um mero substituto ou delegado do Procurador-Geral, quando age sob sua designação ou delegação"*.

Essas questões estão inseridas na singela proposta requerente do presente pedido de providências.

Sobre o tema, cabe o alerta de Márcio Soares Berclaz, no seu texto sobre "O Ministério Público em Segundo Grau diante da Esfinge (e a Constituição da República): Decifra-me ou Devoro-te", ***in*** Ministério Público, Reflexões sobre os Princípios e Funções Institucionais, Editora Atlas, 2010, São Paulo, p. 245, que, como um dos expoentes da nova geração de pensadores do Ministério Público, diz que "*dentre os entraves dificultadores do desenvolvimento pleno e eficaz da missão constitucional confiada ao Ministério Público, merece destaque certa cultura institucional equivocada e pessimista de que não há o que se possa fazer para mudar o formato da atuação em segundo grau, sensação que, não raras vezes, alimenta intervenções passivas e inefetivas, seja no conteúdo, seja na despreocupação com a sua eficácia no contexto da prestação jurisdicional*".

Todavia, não havia, para uma real avaliação, dados referenciais confiáveis sobre a questão posta, que impõe o controle da movimentação processual em todo o Ministério Público para a concretização de posicionamentos sobre as atribuições exercidas pelos membros do Ministério Público que exercem cargos e funções em segundo grau.

Por esta razão, foi determinada a expedição de ofícios aos Srs. Procuradores-Gerais do Ministério Público da União e dos Estados e aos Srs. Corregedores-Gerais do Ministério Público da União e dos Estados para que viessem a informar, no prazo de trinta (30) dias, o seguinte:

1.a) Ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Trabalho, no último ano – setembro de 2008 até setembro de 2009 –, quantos Procuradores Regionais atuam em cada Procuradoria Regional; seus nomes e quais matérias afetas ao cargo, número de feitos distribuídos e devolvidos com parecer ou não, mês a mês, a cada Procurador Regional, quantas Sessões participou no Tribunal Regional; como é feita a distribuição, se exercem atividades administrativas cumulativas ou não; bem como se há Procurador Regional autorizado a não participar da distribuição ou com distribuição reduzida;

1.b) Ainda, ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público do Trabalho e ao Ministério Público Militar, no último ano – setembro de 2008 até setembro de 2009 -, quantos Subprocuradores-Gerais atuam em cada ramo; seus nomes e quais matérias afetas ao cargo; número de feitos distribuídos e devolvidos com parecer ou não, mês a mês, a cada Subprocurador-Geral; quantas Sessões participou em Tribunais Superiores; como é realizada a distribuição, se exercem atividades administrativas cumulativas ou não; bem como se há autorização para não participarem da distribuição ou se possuem distribuição reduzida.

2. Ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e ao Ministério Público dos Estados, no último ano – setembro de 2008 até setembro de 2009 –, quantos Procuradores de Justiça atuam em cada Procuradoria de Justiça (Cível, Criminal ou Especializada) seus nomes e quais matérias estão afetas ao cargo, número de feitos distribuídos e devolvidos com parecer ou não, mês a mês, a cada Procurador de Justiça; quantas Sessões participou no Tribunal de Justiça; como é realizada a distribuição, se exercem atividades administrativas cumulativas ou não; bem como se há autorização para não participarem da distribuição regular de processos ou se possuem distribuição reduzida.

3. Se há, em cada unidade do Ministério Público, membro do Ministério Público com processo em carga com mais de seis (6) meses.

4. Se há processos represados no órgão administrativo da unidade do Ministério Público que deve efetuar a distribuição em 2° grau, bem como se os processos devolvidos sem parecer de mérito são recompensados.

5. Se, no período objeto de pesquisa para estudos na Comissão, algum membro do Ministério Público deixou de comparecer a Sessão no Tribunal.

6. Se há, ou houve, no último ano – setembro de 2008 a setembro de 2009 –,

no âmbito da Corregedoria Geral ou do Conselho Superior procedimento administrativo disciplinar contra membro do Ministério Público que atue em segundo grau.

7. Foi encaminhado modelo de planilha como sugestão para o preenchimento dos dados.

Feito isso, sobrevieram as respostas solicitadas que, após análise, deram origem a uma nova planilha, para cada unidade do Ministério Público da União e dos Estados, onde se consolidou dados gerais, ou seja, dados referentes a análise ampla abarcando todo período, uma vez que as informações prestadas foram mensais, conforme se vê nos respectivos procedimentos em anexo.

Do estudo feito, pode-se concluir que, como será descrito pormenorizadamente abaixo, muitas unidades do Ministério Público da União e dos Estados não lograram responder a todos os quesitos, o que é lastimável. Por outro lado, cabe consignar, outras unidades do Ministério Público empreenderam todos os esforços para atender aos pedidos formulados, detalhando a atividade de cada membro da Instituição em segundo grau.

E assim, faz-se a analise da atuação dos membros do Ministério Público em segunda instância, ressaltando que todo estudo se originou das informações prestadas, todavia nem sempre satisfatórias.

EXAME DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO EM SEGUNDO GRAU

Os dados apresentados pelo Ministério Público brasileiro retratam o espaço temporal entre setembro de 2008 até setembro de 2009, e são extremamente significativos para análise.

A Constituição Federal delineou um novo perfil ao Ministério Público, extremamente vinculado com as questões sociais, com finalidades definidas, garantias, autonomias, vedações e instrumentos de atuação funcional. No que se refere aos órgãos de atuação, a Constituição Federal só fez menção ao Chefe da Instituição (Procurador-Geral da República e Procurador-Geral de Justiça), deixando para a legislação complementar o estabelecimento de regras de organização, atribuições e estatuto, nessas inseridos os demais órgãos individuais ou colegiados da instituição, como a denominação de seus cargos e as suas atribuições (artigo 128, § 5°).

Assim, o Ministério Público dos Estados e da União têm regras próprias de organização para a atuação em primeira e segunda instância.

Nos Estados, o Ministério Público atua, como órgão de execução no segundo

grau, através dos Procuradores de Justiça. A Lei Orgânica Nacional, Lei n° 8.625/93, faz referência, em seu artigo 7°, ao Procurador-Geral e aos Procuradores de Justiça. Essa Lei Orgânica Nacional, legislação que tem caráter geral e é orientadora das Leis Complementares estaduais, diz expressamente:

> *Art. 31. Cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral de Justiça, e inclusive por delegação deste.*

Pela norma do artigo 31 da Lei n° 8.625/93, as atribuições dos Procuradores de Justiça serão *residuais*, atuando em todas as causas junto aos tribunais que não são da atribuição do Procurador-Geral, ou *supletivas*, atuando em causas de atribuição do Procurador-Geral, mas por delegação deste.

Embora se reconheça os avanços constitucionais, a Lei Orgânica Nacional pouco, ou nada, evoluiu em relação à legislação de comando anterior, Lei Complementar n° 40/81, que, em seu artigo 5°, inciso II, considerava como órgãos de execução no segundo grau de jurisdição, o Procurador-Geral e os Procuradores de Justiça.

Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional prevê, na estrutura administrativa da Instituição, as Procuradorias de Justiça (artigos 19 até 22), que são Órgãos da Administração do Ministério Público, com cargos de Procuradores de Justiça e de serviços auxiliares necessários ao exercício das funções. Os Procuradores de Justiça, assim, devem estar classificados ou lotados no setor administrativo denominado Procuradoria de Justiça, devidamente estruturado, para atuarem perante os Tribunais dos Estados.

Excepcionalmente, Promotores de Justiça da mais elevada entrância poderão se convocados para substituir os Procuradores de Justiça nos casos de licença ou afastamentos (artigo 22, inciso III). A regra é, portanto, que os Procuradores de Justiça devam exerce suas funções nas Procuradorias de Justiça e, de forma excepcional, poderão ser convocados Promotores de Justiça, ato que carece da necessária motivação.

Por sua vez, a Lei Complementar n° 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, no seu artigo 66 e seus parágrafos, estabelece como serão exercidas as funções de Subprocuradores-Gerais da República, que atuarão por delegação do Procurador-Geral da República ou por designação autorizada pelo Conselho Superior. Ainda, o artigo 107 e o seu parágrafo tratam das designações dos Subprocuradores-Gerais do Trabalho para oficiarem junto ao Tribunal Superior do Trabalho. Também, o artigo 140 e o seu parágrafo tratam das designações dos Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar para oficiarem junto ao Superior Tribunal Militar e à Câmara de Coordenação e Revisão.

Define, também, a Lei Complementar nº 75/93 a forma de atuação perante os Tribunais Regionais, Auditorias e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O artigo 68 diz que os *Procuradores Regionais da República serão designados para oficiar junto aos Tribunais Regionais Federais.* Já, o artigo 110 da Lei Complementar nº 75/93 define que *os Procuradores Regionais do Trabalho serão designados para oficiar junto aos Tribunais Regionais do Trabalho*. Ainda, o artigo 143 determina que *os Procuradores da Justiça Militar serão designados para oficiar junto às Auditorias Militares*. Por fim, o artigo 175 da referida Lei Complementar define que os *Procuradores de Justiça serão designados para oficiar junto ao Tribunal de Justiça do* Distrito Federal e Territórios *e nas Câmaras de Coordenação e Revisão.*

Esses membros do Ministério Público da União atuam perante os Tribunais Regionais, Auditorias ou Tribunal de Justiça do Distrito Federal nas causas referentes aos recursos ordinários das matérias definidas no primeiro grau. Esta atuação se dá, em regra, como órgão interveniente e, excepcionalmente, em razão de designação, em matéria de competência originária dos Tribunais Regionais, Auditorias ou Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Também, a Lei Complementar n° 75 estabelece que os *Procuradores Regionais da República serão lotados nos ofícios nas Procuradorias Regionais da República (artigo 69).* Por sua vez, *os Procuradores Regionais do Trabalho serão lotados nos ofícios nas Procuradorias Regionais do Trabalho nos Estados e no Distrito Federal* (artigo 111). *Já, os Procuradores da Justiça Militar serão lotados nos ofícios nas Procuradorias de Justiça Militar* (artigo 144) *e Procuradores de Justiça serão lotados nos ofícios na Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios* (177).

Há, como se constatou dos dados apresentados, cinco (5) Procuradorias Regionais da República, vinte e quatro (24) Procuradorias Regionais do Trabalho, as Procuradorias de Justiça Militar e a Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Nesses órgãos administrativos, atuam os membros do Ministério Público da União com atribuições para exercerem suas funções no segundo grau. Também, constatou-se, pelas informações, que, em muitas Procuradorias Regionais do Trabalho, atuam no segundo grau, por designação, Procuradores do Trabalho, membros do Ministério Público em primeiro grau, em razão das necessidades e das eventuais dificuldades administrativas da Instituição.

Ainda, como já constatou o Conselho Nacional em outros procedimentos, é imperativa a proposta para o encaminhamento da chamada *Lei de Ofícios*, que disciplinará a distribuição de atribuições nas Procuradorias Regionais no âmbito do Ministério Público da União.

Também, as informações passadas pelas unidades do Ministério Público

brasileiro, constantes das planilhas nos Anexos, retratam o movimento processual dos membros da Instituição no segundo grau. Cada unidade do Ministério Público, em razão de sua legislação de organização e de suas peculiaridades, tem estrutura diferenciada e demonstram a necessidade de posicionamentos uniformes para resultados nacionais efetivos.

Cabe destacar que, em poucas unidades, os órgãos administrativos denominados de Procuradorias representam, de fato, o caráter geral definido pelas leis de organização. As Procuradorias, seja no Ministério Público dos Estados ou no da União, devem ser grandes escritórios públicos onde atuam os membros da Instituição que exercem funções no segundo grau. Como o Ministério Público da União estuda, internamente, anteprojeto da chamada de *Lei de Ofícios*, esta questão poderá ser solvida com a aprovação da Lei de organização. Todavia, no Ministério Público dos Estados é necessário que as Procuradorias de Justiça, como órgãos administrativos, tenham estrutura para receber, com classificação em cargos na Procuradoria, Procuradores de Justiça que exerçam atribuições criminais, Procuradores de Justiça que exerçam atribuições cíveis, Procuradores de Justiça que exerçam atribuições especializadas, bem como que exercem outras atribuições e que tenham outras denominações. Sobre esta questão, por exemplo, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, o do Estado de Santa Catarina e o do Estado do Rio Grande do Sul, entre outros, possuem Procuradorias de Justiça Cíveis, onde estão classificados, por ordem numérica, Procuradores de Justiça com atuação na área cível, Procuradoria de Justiça Criminal, onde atuam Procuradores de Justiça com atribuição em matéria criminal, classificados em ordem numérica, e Procuradoria de Justiça Especializada, onde atuam Procuradores de Justiça com atuação em matéria especializada, como, por exemplo, meio ambiente, direitos humanos, improbidade administrativa, responsabilidade de administradores públicos municipais.

Essa parece ser a vontade da Lei Orgânica Nacional, Lei n° 8.625/93, que estabeleceu que as Procuradorias de Justiça devessem ser órgãos da administração, com estrutura própria, recursos humanos e materiais, para que os Procuradores de Justiça nelas classificados pudessem desenvolver os seus trabalhos. Por esta razão a Lei Orgânica determinou que os Procuradores de Justiça das Procuradorias de Justiça reunir-se-ão, ordinariamente, para *fixar orientações jurídicas, sem caráter vinculativo, encaminhando-as ao Procurador-Geral de Justiça* (artigo 20). Também, que a divisão interna dos serviços estaria sujeita a critérios definidos pelo Colégio de Procuradores de Justiça, devendo *prevalecer regras de proporcionalidade, especialmente a alternância fixada em função da natureza, volume e espécie dos feitos* (artigo 21). O responsável pelos serviços administrativos da Procuradoria de Justiça seria escolhido

pelos Procuradores de Justiça que nela titulam cargos, bem como definiriam a escala de férias dos seus membros (artigo 22, incisos I e II).

Sendo, portanto, um órgão administrativo e tendo que possuir estrutura para a atuação de seus membros, as Procuradorias de Justiça não podem ser confundidas com o próprio cargo, como o fazem diversas unidades do Ministério Público dos Estados. Assim, em cada Procuradoria de Justiça devem atuar Procuradores de Justiça com atribuição para determinados feitos, como, também, servidores, que prestarão os serviços auxiliares, bem como, ainda, devem estar estruturadas materialmente. Esse grandes escritórios públicos, chamados Procuradorias de Justiça, abrigarão os membros do Ministério Público com atuação em segunda instância, nas suas áreas de atuação.

Examinando as informações, veremos que muitas unidades do Ministério Público não possuem estrutura de pessoal e, sequer, estrutura material para a atuação efetiva no segundo grau. Também, a distribuição de feitos não parece ser equitativa e por sorteio, como determina a legislação de organização. Há, em algumas unidades do Ministério Público, Procuradores de Justiça com reduzida distribuição com relação aos demais membros com atuação em segundo grau. Também, a norma para a convocação, que deve ser extraordinária, de Promotores de Justiça não pode ser a regra, pois só é cabível, por ato do Procurador-Geral de Justiça, *em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça* (artigo 22, inciso III). Por exemplo, as férias dos Procuradores de Justiça não permitem que se possa ter a convocação excepcional. Essa é, inclusive, a razão da Procuradoria de Justiça definir a sua escala de férias, pois não pode haver represamento de processos, que têm prazos a serem cumpridos, e, também, distribuição que não seja equitativa.

Portanto, a regra é que, nas Procuradorias de Justiça, atuem os Procuradores de Justiça com atribuições cíveis, criminais ou especializadas, devidamente definidas.

Todavia, cabe destacar que a atuação em segunda instância se resume ao ofício normal junto aos Tribunais, com a emissão de pareceres nos processos que são distribuídos, à propositura de raríssimas ações nos casos de competência originária dos Tribunais, em regra por delegação do Procurador-Geral, à interposição de raríssimos recursos, muitas vezes por setor próprio e por delegação do Procurador-Geral, e, de tempos em tempos, a oficiar nas Sessões dos Tribunais.

Outro fato que causa preocupação na leitura das informações prestadas é a eventual demora na devolução de feitos distribuídos ao Ministério Público e com vista a um dos membros da Procuradoria de Justiça. Os prazos processuais são definidos por lei processual e, a eles, estão submetidos as partes do processo e, também, o Ministério Público, mesmo que atue como ***custos legis***. Quando a lei processual não assinalar

prazo, este é, pela norma, de cinco (5) dias.

Sobre o tema, o Conselho Nacional expediu a recomendação n° 8/2008, que dispõe sobre a necessidade de cumprimento do prazo estabelecido no artigo 185 do Código de Processo Civil e que diz:

> *"RECOMENDAR aos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e aos Corregedores-Gerais do Ministério Público que determinem o cumprimento, por parte dos membros da Instituição, do prazo estabelecido no artigo 185 do Código de Processo Civil para as manifestações processuais na condição de custos legis, desde que não haja prazo previsto em lei."*

Assim, em razão do direito subjetivo das partes, reconhecido, explicitamente, quando da promulgação da Emenda Constitucional n° 45/2004, à razoável duração do processo, o Ministério Público, que tem o dever de defender o cidadão e fiscalizar a correta aplicação da lei, por seus membros, deve cumprir seus prazos processuais e colaborar com a celeridade processual.

Também, ao examinar as informações que foram repassadas, destaca-se o número díspare de manifestações, por membro do Ministério Público com atuação em segundo grau. Em algumas unidades, como, por exemplo, o Ministério Público do Estado de Alagoas e do Estado do Amazonas, o volume médio mensal de processos por membro é muito pequeno. No Ministério Público alagoano foram feitas no período, em média, no cível, 7,83 manifestações por membro e, no crime, 11,63 manifestações. No Ministério Público amazonense, no período examinado, foram feitas 9,05 manifestações no cível, em média por membro, 12,78 em matéria criminal e 20,60 em matéria especializada. Há, ainda, naquelas unidades do Ministério Público membros afastados da distribuição para exercerem atividades administrativas que, se estivessem na atividade-fim, levariam à diminuição da média mensal indicada.

Essas questões devem ser objeto de exame mais apurado, onde deveria ser destacada a necessidade de estruturação com recursos materiais e humanos, que permitiria melhores resultados, com custos menores e, também, a otimização, em razão do custo da Instituição e do comprometimento com os percentuais da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n° 101/2001. O Ministério Público, em muitos Estados brasileiros, possui carências extremas nas Promotorias de Justiça das Comarcas mais distantes das Capitais em detrimento do número baixíssimo de manifestações no segundo grau. Por vezes, há Promotorias de Justiça sem titulares durante muitos anos e, como contraponto, há cargos providos em segundo grau para

manifestação média mensal de cerca de dez (10) processos. Dessa leitura se pode pensar que há comunidades com carências extremas, tais como educação, saúde, segurança, saneamento, acesso a direitos fundamentais, sem Promotores de Justiça e, nas Capitais, membros do Ministério Público titulando Procuradorias de Justiça para se manifestar em poucos processos que já recebem prontos. Essa, por certo, uma tarefa que impõe estudos e exame pelo Ministério Público brasileiro e pelo Conselho Nacional.

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A SUA ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU

A Constituição Federal foi pródiga ao detalhar a importância do Ministério Público para a garantia de um Estado Democrático e de Direito. Ao definir a Instituição, a Constituição Federal de 1988 diz, em seu artigo 127, que o *Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

Por sua vez, o artigo 129, inciso II, da Carta de 1988, veio realçar o papel de fiscal da correta aplicação da lei que, em última análise, caracteriza a função de controle da legalidade. Assim, incumbe ao Ministério Público a função de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.*

A legislação de organização do Ministério Público, buscando dar integralidade aos compromissos conferidos à Instituição pelo legislador constituinte, procurou definir a atuação dos membros do Ministério Público perante os órgãos do Poder Judiciário. Os membros do Ministério Público, assim, exercem atribuições processuais perante os juízes singulares ou perante os Tribunais.

Todavia, todos os membros do Ministério Público, quando ingressam na carreira, através de concurso de provas e títulos, assumem os compromissos que foram definidos pelo legislador constituinte à Instituição. O membro do Ministério Público terá, investido no cargo, todas as atribuições conferidas à Instituição. O que irá definir qual o membro do Ministério Público com atribuições são as regras de organização previstas na Lei Complementar n° 75/93, na Lei Orgânica Nacional n° 8.625/93 e nas Leis Complementares de cada Estado da Federação, que tratam da organização da Instituição.

Tratando-se de matéria de interesse da União, que será de competência da Justiça Federal, as atribuições da Instituição serão conferidas aos membros do Ministério

Público Federal. O mesmo ocorre com as matérias que a Constituição Federal e a Lei conferem especialidade que, conforme a situação, serão da atribuição dos membros do Ministério Público do Trabalho ou do Ministério Público Militar. A matéria residual, onde não se confere especialidade em razão da pessoa ou da matéria, em regra, cabe aos membros do Ministério Público dos Estados. Havendo conflito de atribuições entre membros da mesma unidade de Ministério Público, cabe ao Procurador-Geral definir. Todavia, havendo conflito de atribuições entre membros de duas ou mais unidades do Ministério Público, caberá ao Supremo Tribunal Federal dirimi-lo.

Estas são regras singelas de organização da Instituição, para que o Ministério Público possa agir e executar, com plenitude, as suas atribuições.

Há, no entanto, questões de interesse da sociedade que merecem o enfrentamento pelo Conselho Nacional, pois tratam da própria atuação dos membros da Instituição e dos resultados que a Instituição pode conferir à atuação do Ministério Público.

Hugo Nigro Mazzilli, doutrinador exemplar da Instituição, fazendo uma série de reflexões sobre o Ministério Público contemporâneo, ***in*** Proposta de um Novo Ministério Público, em "Temas Atuais do Ministério Público", Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 142, diz que, também, as Procuradorias de Justiça necessitam de reformulação. "*Hoje, não raro limitados os Procuradores de Justiça a emitir pareceres junto aos tribunais, perdem em muito a grandeza de atribuições (ativa e interventiva), ostentada pelos seus colegas Promotores de Justiça, e daí não raro perdem o encanto na atuação e trabalham de forma muitas vezes burocrática*". Acredita Hugo Mazzilli "*devêssemos repensar a atribuição meramente parecerista do Ministério Público em segundo grau. Sem prejuízo de serem os autos remetidos, na forma da lei, à instituição, para regular acompanhamento quando se julgue necessário, os Procuradores de Justiça deveriam ser dotados de Procuradorias, com a mesma estrutura das Promotorias, onde poderiam propor as ações ou fazer as intervenções cabíveis, 'em casos de abrangência regional ou nacional', enquanto os Promotores de Justiça ficariam com a 'atribuição restrita à área de suas próprias Comarcas'. Em outras palavras, os Procuradores de Justiça seriam os Promotores de Justiça nos casos que exigissem atuação em todo o Estado, ou em todo o País*".

Evidente a preocupação externada por Hugo Mazzilli, que reflete a posição majoritária dos membros da Instituição, especialmente dos que exercem as suas funções perante os Tribunais.

Sem embargo as posições doutrinárias e a importância da discussão que se deva proceder sobre a atuação dos membros do Ministério Público no segundo grau, é importante que se destaque algumas questões de extrema importância ao tema em

discussão.

Nas Procuradorias de Justiça, em regra, identifica-se atribuições relevantes conferidas aos Procuradores de Justiça com atuação na matéria criminal, cível ou especializada. Dentre essas atribuições destacam-se a emissão de parecer em ***habeas corpus***, em mandado de segurança, em revisão criminal, apelação, recursos em sentido estrito, incidentes e agravos em execução criminal, correição parcial, carta testemunhável, exceções de suspeição ou de impedimento de magistrados e membros do Ministério Público, conflitos de competência e agravos de instrumento na matéria referente à criança e ao adolescente. Poderão, ainda, os Procuradores de Justiça, no exercício de suas atribuições, opor embargos de declaração, oferecer impugnação a embargos infringentes, propor medidas cautelares, efetuar prequestionamento de questão federal ou constitucional para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário, impetrar ***habeas corpus*** e mandados de segurança, interpor recursos extraordinários, especial e agravo de instrumento, interpor recursos previstos nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça Estaduais, contra-arrazoar recursos extraordinários e especiais, contraminutar agravos de instrumento destinados aos Tribunais Superiores, contestar as medidas liminares que procuram dar efeito suspensivo aos recursos extraordinários e especiais. Além dessas atribuições específicas, poderão os Procuradores de Justiça atuar por delegação do Procurador-Geral, inclusive nas ações penais originárias, bem como comparecer as Sessões dos Tribunais, fazer sustentação oral nas Sessões e tomar ciência das decisões proferidas. Quando se faz referência aos Procuradores de Justiça, se está, também, afirmando as mesmas atribuições aos membros do Ministério Público da União com atuação perante os Tribunais.

Essas, portanto, são importantes atribuições conferidas aos membros do Ministério Público, dos Estados e da União, para o exercício de sua importante função.

Em regra, a forma de manifestação do Ministério Público no segundo grau se dá pela edição de parecer escrito e fundamentado. Na matéria criminal, o parecer decorre da norma prevista no artigo 610 do Código de Processo Penal, que determina que o processo vá com vista ao Ministério Público nos casos de apelações e recursos em sentido estrito. Também, essa atividade tem previsão no artigo 31 e no artigo 43, inciso III, da Lei n° 8.625/93, que determinam que os Procuradores de Justiça atuem junto aos Tribunais e que os pareceres emitidos devam ser escritos e devam indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos. Também, os membros que atuam nos ramos do Ministério Público da União emitem pareceres perante os Tribunais Regionais e Tribunais Superiores. Os membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios emitirão pareceres, em segunda instância, perante o Tribunal de

Justiça.

Inegável que esses pareceres que são proferidos por membros do Ministério Público no segundo grau, na condição de ***custos legis***, são de extrema importância aos julgamentos, muitas vezes transcritos e elogiados. Os pareceres, em razão da independência funcional de quem o profere, podem enfrentar questões preliminares, mesmo novas, e o mérito, sem vinculação com as posições já expostas no processo pelo próprio Ministério Público.

Como ensina Cândido Dinamarco, ***in*** Fundamentos do Processo Civil Moderno, p. 327, o Ministério Público, uma vez no processo, é "*titular de posições jurídicas processuais interentes à relação jurídica*" que são próprias à Instituição. Todavia, "*o que caracteriza a figura do* ***custos legis*** *é (ao contrário do que sucede na caracterização do conceito de parte) uma circunstância completamente alheia ao direito processual: ele não é vinculado a nenhum interesse da causa*".

Ainda, na matéria criminal, os membros do Ministério Público com atribuição para o segundo grau poderão atuar, por delegação, no combate aos crimes praticados por agentes políticos a quem, por interpretação constitucional, foi conferido foro privilegiado.

Todavia, sobre a matéria criminal, como ressalta o eminente Procurador Regional da República, Paulo de Souza Queiroz, ***in*** Sobre a Intervenção do Ministério Público no segundo grau, a atuação do Ministério Público que merece alguma "*diz respeito à legitimidade/necessidade da intervenção no Ministério Público nas ações penais propostas perante o juízo de primeira instância e submetidas à apreciação dos tribunais mediante recurso.*" Segundo o eminente doutrinador, "*em favor da legitimidade da intervenção ministerial, é comum afirmar que o Procurador Regional da República (Subprocurador Geral ou Procurador de Justiça), diversamente do que ocorre na primeira instância, atua na condição de fiscal da lei ou* ***custos legis****, de sorte que a legitimidade dessa segunda intervenção se funda no argumento de que, embora pertencentes à mesma Instituição, seus membros desempenham papéis distintos: um como parte (autor) da ação penal; outro, como fiscal da lei*". A questão, por si só, é atual e merece reflexão, pois está de acordo com a posição adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n° 87.926-8/SP, DJ n° 74, de 25 de abril de 2008. A Corte Suprema, procurando fazer interpretação autêntica do texto constitucional, que afirma ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (artigo 129, inciso I) e os princípios da unidade e indivisibilidade (artigo 127, parágrafo 1º). O Ministro Cezar Peluzo, Relator, disse, expressamente, que "*entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como*

parte formal e, em segundo grau de recurso – que, frisa-se, constitui mera fase do mesmo processo _, se dispa dessa função para estar a agir como simples fiscal da lei".

No mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou: *"em primeiro lugar, não é possível cindir o Ministério Público, que é uno, como nós sabemos (...). Não é possível, nos recursos, dividir o* ***parquet*** *em dois. De um lado, considerá-lo como* ***dominus litis****, e, de outro, como* ***custos legis****. Em segundo lugar, verifico que o princípio do contraditório é absolutamente fundamental. E sem o contraditório não há que falar-se em devido processo legal, principalmente no que toca o seu aspecto substantivo, que é matizado exatamente pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Em terceiro lugar (...), o prejuízo é efetivo, porque a intervenção da defesa* ***a posteriori****, ou seja, a intervenção da defesa em primeiro lugar e depois rebatendo o Ministério Público claro que fica configurado o prejuízo".*

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC n° 163972-MG, cuja Relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em 4 de novembro de 2010, decidiu, à unanimidade, que *"a emissão de parecer pelo Ministério Público, em segundo grau de jurisdição, como* ***custos legis****, não rende ensejo a contraditório, não sendo causa de nulidade a falta de manifestação da defesa"*, pois, no segundo grau, *"atua o órgão do* ***Parquet****, em tal caso, como fiscal da lei e não como parte."* Esta posição reafirma as disposições dos artigos 257, incisos I e II, e 610, caput, do Código de Processo Penal brasileiro.

Importa destacar a necessidade de discussão a respeito do tema no âmbito do Ministério Público, em razão da possibilidade de declaração de nulidades processuais perante os Tribunais Superiores, o que colocaria por terra todo o trabalho realizado na investigação criminal e na instrução processual.

Por sua vez, os membros do Ministério Público com atuação em matéria cível no segundo grau também se manifestam por através de pareceres. Nessa situação, em regra, o Ministério Público atua como ***custos legis*** e emite o parecer em processos em que as partes são identificadas, têm interesse claro, e possuem procuradores. O Ministério Público, por autorização legal, virá ao feito para emitir parecer no sentido de que, ao caso concreto, seja aplicada corretamente a lei. Além dos casos previstos, que, também em regra, estão definidos no artigo 82 do Código de Processo Civil, o Ministério Público poderá atuar em segundo grau por delegação do Procurador-Geral nas ações originárias.

Há, ainda, a possibilidade de atuação em determinados feitos que tratem de matéria especializada. Por certo, aqui não se está a discutir as questões referentes à competência em razão da matéria, definidas pela Constituição Federal e pelas leis processuais, que afirmam as atribuições do Ministério Público para a sua atuação

perante a Justiça Federal, nas causas definidas a ela, a Justiça do Trabalho, também quando a Lei e a Constituição Federal as definem, e, tampouco, as causas referentes à Justiça Militar, pelas regras que a diferenciam.

A matéria especializada para atuação em segunda instância, seja no Ministério Público dos Estados ou da União, é a que trata da tutela de direitos difusos ou coletivos. Em muitas unidades do Ministério Público, na organização interna, seja por Lei Complementar ou por Ato do Colégio de Procuradores autorizado pela legislação complementar, há a criação de Procuradorias onde os Procuradores de Justiça que a compõem atuam em matéria especializada, com atribuições específicas de tutela de direitos difusos e coletivos. Há, ainda, em algumas unidades da Instituição, a designação de Procuradores para atuar nos feitos que tratem de direitos difusos ou coletivos. Nessas duas situações, ficam reservadas aos membros da Instituição com atuação na Procuradoria, ou aos designados, atribuições para atuação, em segundo grau, em todas as ações civis públicas em que o Ministério Público se apresente como parte em primeiro grau, com a finalidade de interpor recursos, participar das Sessões de julgamento, proferir sustentações orais, apresentar memoriais, receber intimações e recorrer aos Tribunais Superiores. Nessa função e nessas Procuradorias, os membros do Ministério Público assumirão o polo ativo, como parte, quando o Ministério Público for autor da ação em primeiro grau, ou como ***custos legis***, nas ações civis públicas propostas pelas partes e que atraem, obrigatoriamente, em razão da matéria, a intervenção do Ministério Público (artigo 5°, § 1º, da Lei n° 7.347/85). Fica claro que, na ação civil pública, o Ministério Público somente atuará como ***custos legis***, quando não for o autor da ação proposta.

Hugo Mazzilli, no artigo já referido e publicado na Revista Plural, intitulado "*A atuação do Ministério Público na segunda instância*", assevera que é imperativo "*repensar a atuação de segunda instância do Ministério Público, valorizando a atuação dos Procuradores de Justiça e cometendo-lhes misteres que ultrapassem aqueles apenas interventivos (pareceres), e alcancem aqueles ativos (propositura de ações e interposições de recursos em todos os feitos em que atuem). Assim, transformaríamos os Procuradores de Justiça em verdadeiros Promotores, com mais dinamismo na atuação, especialmente na promoção de ações civis ou penais públicas que envolvam consequências regionais ou estaduais, em contraponto à atuação dos atuais Promotores, que poderia circunscrever-se aos limites da comarca. Assim, de* ***lege ferenda*** *seria possível cometer aos Procuradores de Justiça a instauração de inquéritos civis ou a propositura de ações civis ou criminais, quando, consoante critérios fixados na lei, fosse conveniente uma atuação coerente e uniforme da instituição, como na defesa de interesses transindividuais que ultrapassarem os*

limites de uma comarca, ou no combate a crimes que atingissem o Estado. Na mesma esteira, funções de ***ombusdsman*** *poder-lhes-iam ser cometidas, sob os mesmos critérios.*"

Este é, por certo, um dos papéis do Conselho Nacional, atuando para motivar a permanente reflexão sobre a atuação da Instituição.

No entanto, como destaca Márcio Soares Berclaz, no texto e obra citados, p. 253, *"querer ressignificar e preencher as atribuições das Procuradorias de Justiça com atividades extrajudiciais é entender que, na verdade, na raiz, é possível superar e explicar o conflito geracional entre Promotores e Procuradores de Justiça não apenas pelo período de ingresso na carreira (antes ou depois de 1988), mas também a partir da necessidade de redimensionamento das atividades típicas das atribuições de segundo grau, pauta na qual a defesa da prerrogativa do exercício de atividades extrajudiciais, como necessidade, ocupa papel estratégico fundamental*". Acrescenta que "*quer-se crer que a priorização da atuação resolutiva extrajudicial capaz de concentrar atendimento de direitos coletivos a partir de instrumentos e mecanismos autônomos independentes da prestação jurisdicional (exemplo: recomendações administrativas, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta) deva constituir atenção prioritária na epiderme institucional do Ministério Público como órgão que, em todos os níveis, inclusive em segundo grau, precisa atuar engajado na busca da maior Justiça Social, o não se obtém apenas dentro de processos vinculados aos estritos limites do Estado-juiz, muito antes pelo contrário*". Este é, por certo, o maior dilema por que passa a Instituição. Os avanços e as possíveis soluções tópicas devem estar vinculados à necessária e à efetiva mudança da cultura institucional. Esse, por certo, é um dos mais relevantes papéis do Conselho Nacional, como indutor e motivador de discussões internas que possam levar ao aperfeiçoamento do segundo grau, resultando ganhos à Instituição e à sociedade, destinatária dos movimentos do Ministério Público.

Os dados ofertados indicam a vulnerabilidade da Instituição, especialmente pelo que representa o levantamento. Durante um ano, de setembro de 2008 até setembro de 2009, fez-se a coleta das informações que ocupam os mais de trinta volumes e anexos que compõem este procedimento. Nessas informações, fica claro a necessidade do Ministério Público dirigir o seu olhar para dentro da Instituição para enfrentar, com seriedade e muita responsabilidade, os problemas identificados. Há, por certo, espaços institucionais e democráticos para a valorização integral dos membros da Instituição, especialmente a valorização dos membros que exercem os seus cargos na segunda instância.

Evidente que muito poderia ser resolvido através de legislação de organização

contemporânea, realmente adequada à realidade da sociedade nos dias atuais. As duas legislações federais de organização da Instituição já possuem dezoito anos e, após a promulgação da Constituição Federal em 1988, ocorreram neste País gravíssimas mudanças sociais, que passam pela consolidação da democracia, com as franquias que o Estado Democrático oferece, com o despertar da cidadania, com a consolidação das organizações sociais e com o fortalecimento das instituições de Estado, onde, nesse ponto, se destaca, com um tom diferenciado, o Ministério Público.

Todavia, a modificação legislativa das leis de organização, no panorama político-institucional, torna-se praticamente inviável. Assim, o acertamento objetivo das atribuições e das funções, como outros acertamentos democráticos necessários, deve merecer a atenção e a capacidade de criação do Ministério Público nas suas necessárias reflexões voltadas à construção e à consolidação das atribuições dos membros da Instituição. Por certo, será dentro deste espaço de regras de organização institucional existente que terá que ocorrer o repensar da atuação do Ministério Público em segundo grau. Cabe, no entanto, ressaltar que não há mais motivo ou justificativa para evitar este trabalho que será extremamente difícil e árduo, mas que poderá dar novo ânimo ao trabalho dos membros da Instituição.

DISPOSIÇÕES:

As questões referentes à atuação do Ministério Público em segundo grau, inegavelmente, são de grande relevo e importância nas discussões institucionais. Cada vez mais deve o Ministério Público brasileiro privilegiar o exame desse tema e análise dos seus dados e dos seus resultados, em razão dos seus movimentos, refletindo sobre o custo social da Instituição e sobre a repercussão de suas práticas no contexto social brasileiro. Ao Conselho Nacional, órgão que tem, também, competência para colaborar no aperfeiçoamento do Ministério Público, cabe sugerir, em razão da autonomia de cada unidade da Instituição prevista na Constituição Federal, como da independência funcional de seus membros, políticas de atuação com resultados, onde se poderá medir, efetivamente, a importância da atuação do Ministério Público no segundo grau.

Do exame das informações apresentadas, há de se concluir que, no segundo grau, têm assento os membros do Ministério Público com extrema capacitação técnica, que, na sua vida profissional, acumularam, em regra, experiências jurídicas e de vida que não são encontradas facilmente na Instituição. Esses membros estão, por certo, no ápice da carreira e recebem a maior remuneração, por exercerem o cargo mais elevado da estrutura da carreira no Ministério Público. Como conquistaram prestígio na vida profissional, possuem a maior remuneração, acumularam experiências, devendo

ser, necessariamente, valorizados e estar disponíveis aos permanentes desafios e compromissos do Ministério Público. Por certo, não pode haver zonas de conforto ou de acomodação. Esses qualificativos não devem fazer parte dos requisitos que caracterizam os membros do Ministério Público brasileiro.

Pelos dados colhidos, que representam a fotografia de um período de atividades do Ministério Público na atuação em segundo grau, identifica-se a necessidade da reflexão permanente acerca das finalidades e dos compromissos da Instituição.

Ademais, como já está consolidado em posições adotadas pelo Conselho Nacional, há necessidade de, permanentemente, ocorrer uma reflexão interna, que leve em conta o custo do Ministério Público, seu tamanho em primeiro e segundo grau, seus compromissos sociais, conferidos por ordem constitucional, que estão acima do mero trabalho burocrático e sem maiores resultados. A Lei Complementar n° 101/2001, Lei de Responsabilidade Fiscal, define o tamanho do Ministério Público quanto ao comprometimento com pessoal. Se de um lado se tem a imposição do limite máximo de gastos com pessoal a 2% da receita corrente líquida, por exemplo, ao Ministério Público dos Estados, de outro lado há regra constitucional que diz ser a Instituição essencial à função jurisdicional do Estado. A essencialidade se dá até o limite de 2% e, caso alcançado, há a imposição de ajustamento à realidade financeira, orçamentária e fiscal do Estado. Essa a razão da permanente reflexão sobre as prioridades, a necessidade de planejamento e a (re)discussão integral sobre a importância de todos os movimentos do Ministério Público brasileiro. Racionalizar e efetuar estudos sobre os resultados do Ministério Público devem estar na ordem diária das Administrações da Instituição, com o apoio do Conselho Nacional.

Nesses trabalhos, deve a Instituição estar atenta à importância da atuação em segundo grau. Sugerindo a reflexão sobre o tema, não se quer, de forma alguma, mitigar o que não pode ser mitigado ou deixar de atuar no que tem, realmente, repercussão social e interesse público. Impõe-se o enfrentamento de questões que ressaltam da análise dos dados ofertados. Não há como se pensar que se tenha estrutura formal, com profissionais extremamente qualificados e experientes, com suporte técnico dos serviços auxiliares, que caracterizam a qualificação dos recursos humanos que dispõe o Ministério Público, para atuação em ambientes próprios, com estrutura material necessária, para atuação, como em algumas unidades dos Estados, de média mensal, por membro, entre dez (10) a vinte (20) pareceres por mês.

Há que se aproveitar esta mão de obra em outras funções, sem prejuízo das funções originárias, para atuar em áreas em que o Ministério Público deve avançar para a realização dos interesses da sociedade.

Os grupos de investigação criminal devem contar com membros do Ministério

Público de primeiro e segundo grau. Também, as investigações realizadas pelo Ministério Público, por autorização constitucional e legal, em matérias especializadas, como a da defesa dos direitos dos consumidores, em busca de meio ambiente ecologicamente equilibrado, da proteção do patrimônio público, da infância e juventude, dos direitos humanos, da saúde pública, do saneamento básico, da educação fundamental, do idoso, das pessoas portadoras de necessidades especiais, das vitimas de crimes e da violência, do sistema carcerário, do controle externo da atividade policial, do crime organizado, dentre outras, podem e devem contar com a colaboração, por designação, de membros do Ministério Público de segundo grau.

Ainda, poderiam os membros do Ministério Público de segundo grau, sem prejuízo de suas funções originárias, auxiliar no planejamento institucional e na gestão estratégica, trabalhar com a inteligência institucional, identificar, por estudos criminológicos e sociológicos, as carências futuras da sociedade, indicando caminhos prioritários e seguros a trilhar. Por exemplo, questões referentes às manipulações genéticas, à bioética, à biopirataria e à biotecnologia. Esses, dentre outros, são temas atuais, contemporâneos e que devem merecer a atenção da Instituição. Também, deve o Ministério Público voltar a sua atenção aos chamados *direitos de terceira geração*, tendo uma atuação mais incisiva visando resgatar o cidadão da submissão ao poder econômico e político, restaurar o meio ambiente, moralizar o trato com a coisa pública e proteger os serviços de relevância pública e os direitos assegurados na Constituição Federal. Como há carência de recursos humanos, pelas limitações impostas em razão da responsabilidade fiscal, podem os membros do Ministério Público atuar, por designação, sem prejuízo de suas atividades originárias, nesses e em outros temas que clamam pela atenção da Instituição.

Por certo, poderia a Instituição, também, enfrentar questão que tem realce e que merece posicionamento das Administrações. Muitos dos feitos que compõem a média mensal informada são processos repetitivos que tratam, massivamente, do mesmo tema, onde a solução de um processo, por vezes, é a mesma e que serve a centenas ou milhares de outros feitos. Evidente que oferecer cento e cinquenta (150) pareceres por mês em processos repetitivos que tratam, por exemplo, de cinco (5) temas com jurisprudência consolidada em Direito Previdenciário, onde os Tribunais já sumularam a sua posição, significa, de fato, oferecer cinco (5) pareceres. Esses feitos tratam de temas jurídicos, já enfrentados e que estão solidificados nos Tribunais, especialmente nos Tribunais Superiores, mas que necessitam de racionalização e da atenção do Ministério Público.

Também, deve a Instituição refletir quanto ao melhor aproveitamento de membros do Ministério Público com atuação no segundo grau. A instalação de

Procuradorias Especializadas poderia, em tese, ferir o *princípio do promotor natural*, que já é mitigável em razão das eventuais designações previstas nas leis de organização. Todavia, essa postura permitiria o aproveitamento de membros extremamente qualificados em áreas que necessitam atenção especial da Instituição. Ainda, em muitas unidades do Ministério Público, há a designação de membros da Instituição de primeiro grau para a atuação como assessores da Administração Superior. Essas designações poderiam recair, pela qualificação e experiência, nos membros do Ministério Público que atuam no segundo grau. Também, esses membros poderiam ser designados para coordenarem Centros de Apoio Operacional, Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e outros órgãos da administração.

Poderiam os membros do Ministério Público com atuação no segundo grau, através de grupos, auxiliar, orientar e colaborar com os órgãos do Ministério Público de primeiro grau, notadamente nas matérias que tratam direitos de terceira geração e de interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, individuais indisponíveis, realizando, em conjunto, apurações e investigações, com a finalidade de fornecer elementos aos membros do Ministério Público no primeiro grau. Poderiam, ainda, funcionar, por delegação, nos feitos de competência originária dos Tribunais.

A regionalização da atuação do Ministério Público em determinadas áreas de atuação, poderia permitir que os Procuradores de Justiça (Subprocuradores-Gerais ou Procuradores Regionais), juntamente com os Promotores de Justiça (Procuradores), pudessem atuar em conformidade e com resultados diferenciados. Matéria ambiental, improbidade administrativa, direitos humanos, organizações criminosas e tantos outros temas podem oportunizar esta experiência que, sem dúvida alguma, seria extremamente positiva para a sociedade.

Também, não há razão para que a Instituição tenha setores institucionais, com estrutura burocrática, para auxiliar na propositura de recursos especiais ou extraordinários. Se para recorrer, ordinariamente, não há estrutura, qual a razão de ser estrutura para recursos constitucionais. O próprio Procurador de Justiça (Procurador Regional) deve fazê-lo, pois esta é a sua função, desburocratizando e esvaziando as estruturas da atividade meio, o que permitiria maior estrutura voltada à atividade-fim de primeiro e segundo grau.

Há que haver, portanto, a necessária sintonia entre as instâncias do Ministério Público. Não há como se pensar que o processo, no segundo grau, não vá ter a mesma atenção que tem o feito no primeiro grau de jurisdição. É importantíssimo salientar a necessidade de entender-se o segundo grau como, apenas, um patamar da carreira. O Ministério Público é uma Instituição constituída de membros que atuam em primeiro e segundo grau. Não há subordinação e, sequer, hierarquia funcional. Todos detêm

garantias constitucionais para o exercício de suas funções. Assim, deve prevalecer o canal permanente da conversação e aproximação nas instanciais do Ministério Público para que o resultado da atuação se dê em favor dos destinatários.

Também, não deve ser descartada a alteração legislativa que permita a socialização das funções hoje exercidas pelo Procurador-Geral, por si ou por delegação, pois não tem ele condições de exercê-las diretamente e, sequer, de fato.

A alteração legislativa levaria, também, à necessária mudança terminológica. Ontologicamente, os membros do Ministério Público promovem justiça. A promoção da justiça, da efetividade e do cumprimento da lei, da paz e dos encontros sociais, está na essência das funções dos membros do Ministério Público. Os membros do Ministério Público são reconhecidos por promover a justiça e não por procurá-la. Este tema é, também, controvertido e tem ensejado a reserva corporativa, por vezes. Todavia, o que se está a aconselhar é que o Ministério Público observe os seus desencontros e reflita sobre como superá-los. Até ser promovido à segunda instância, o membro do Ministério Público promove a justiça e, no último grau da carreira, passa a procurá-la ou a fiscalizá-la.

Esses, e tantos outros, são espaços institucionais que, com muita facilidade, qualquer membro do Ministério Público, de primeiro ou segundo grau, identifica. Todavia, identificados os espaços, deve o Ministério Público provê-los, para que possa obter, de forma plena, resultados sociais na sua função institucional.

Não há mais como ser reservado ao segundo grau apenas a função de ***custos legis,*** intervindo, formalmente, em processos instruídos e formados pelas partes, muitos deles repetitivos, tão somente para cumprir determinação legal. Podem os membros do Ministério Público, em segundo grau, por sua qualificação e experiência, dar muito mais à sociedade. Para tanto, é necessário o compromisso da Instituição. Deve o Ministério Público, em cada unidade, respeitadas as autonomias e a independência funcional, achar espaços novos, de responsabilidade social, para a atuação mais abrangente dos membros do Ministério Público em segundo grau.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente o presente pedido de providências para **recomendar** às Chefias do Ministério Público que estabeleçam, permanentemente, encontros e discussões sobre o papel do Ministério Público em segundo grau, com o fim de destacar os compromissos de seus membros para com a sociedade, priorizando esta fundamental função institucional, valorizando a experiência e qualificação de seus membros.

Voto, ainda, no sentido de que se estabeleça um número razoável de manifestações mensais em processos no segundo grau, devendo, em cada Ministério Público, haver a distribuição equânime de processos, nos termos das leis de organização.

Voto, também, no sentido de que a convocação de membros do Ministério Público de primeiro grau para atuação em segunda instância deve se dar, por ato excepcional e fundamentado, nos termos previstos nas leis de organização.

Voto, para que o Conselho Nacional realize, nos próximos seis (6) meses, encontro nacional de membros de segundo grau da Instituição, com participação obrigatória de, no mínimo, cinco (5) membros de cada unidade do Ministério Público, e facultativa aos demais membros, onde se discutirá as questões de interesse da Instituição.

Voto, por fim, pela alteração da redação do artigo 3º e do artigo 5º, inciso XX, da recomendação CNMP nº 16/2010, para acrescentar a expressão "sem prejuízo do acompanhamento, com a possibilidade de apresentar parecer, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão ministerial de segundo grau".

É como voto.

Brasília, 18 de maio de 2011.

CLÁUDIO BARROS SILVA
Relator

CNMP
Conselho
Nacional do
Ministério Público

ISSN 2236-22363