

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. ATIVIDADE-FIM. Incompetência do CNMP

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS Nº 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 nº 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 § 2º 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, III 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 nº 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 § 2º 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. Confirmam-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 nº 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 nº 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 § 2º 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. 1º, 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 — IPI-exp; e compensação financeira por Desoneração de Exportações, de que trata a Lei Complementar nº 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 § 3º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias determina que a União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o § 1º, 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 § 2º 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. 1º da Instrução Normativa nº 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 6º 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