REVISTA JURÍDICA
CORREGEDORIA NACIONAL

A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Volume III

CNMP
Conselho Nacional do Ministério Público





Conselho
Nacional do
Ministério Público

REVISTA JURÍDICA
CORREGEDORIA NACIONAL

A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Volume 3, ano 2017

EXPEDIENTE

© 2017, Conselho Nacional do Ministério Público
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

Composição do CNMP

Rodrigo Janot Monteiro de Barros (Presidente)
Cláudio Henrique Portela do Rego (Corregedor Nacional)
Antônio Pereira Duarte
Marcelo Ferra de Carvalho
Esdras Dantas de Souza
Walter de Agra Júnior
Fábio George Cruz da Nóbrega
Gustavo do Vale Rocha
Otavio Brito Lopes
Fábio Bastos Stica
Orlando Rochadel Moreira
Sérgio Ricardo de Souza
Valter Shuenquener de Araújo

Secretaria-Geral

Guilherme Guedes Raposo (Secretário-Geral)
Flávio Oliveira Barbosa (Secretário-Geral Adjunto)

Conselho Editorial

Organizadores da Revista Jurídica
Gregório Assagra de Almeida (Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais e Membro Colaborador da Corregedoria Nacional do Ministério Público)
Rodrigo Leite Ferreira Cabral (Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público)
Marcelo Pedroso Goulart (Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e Membro Colaborador da Corregedoria Nacional do Ministério Público)
Lenna Luciana Nunes Daher (Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público)

Membros Natos
Rodrigo Janot Monteiro de Barros (Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público)
Antônio Pereira Duarte (Conselheiro Nacional)
Marcelo Ferra de Carvalho (Conselheiro Nacional)
Esdras Dantas de Souza (Conselheiro Nacional)
Walter de Agra Júnior (Conselheiro Nacional)
Fábio George Cruz da Nóbrega (Conselheiro Nacional)
Gustavo do Vale Rocha (Conselheiro Nacional)
Otávio Brito Lopes (Conselheiro Nacional)
Fábio Bastos Stica (Conselheiro Nacional)

Orlando Rochadel Moreira (Conselheiro Nacional)
Sérgio Ricardo de Souza (Conselheiro Nacional)
Valter Shuenquener de Araújo (Conselheiro Nacional)

Membros Externos
Alexandre Amaral Gavronski (Procurador Regional da República)
Antonio Gidi (Professor na Syracuse University College of Law, NY, Estados Unidos da América)
Aviva Abramovsky (Professora na Syracuse University College of Law, NY, Estados Unidos da América)
Bruno Amaral Machado (Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios)
Edmar Jorge de Almeida (Subprocurador-Geral de Justiça Militar)
Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)
Gilberto Callado de Oliveira (Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Santa Catarina)
Hugo Nigro Mazzilli (Advogado e Procurador de Justiça do Estado de São Paulo Aposentado)
Jairo Cruz Moreira (Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais)
Luiz Edson Fachin (Ministro do Supremo Tribunal Federal)
Marcelo Pedroso Goulart (Promotor de Justiça do Estado de São Paulo)
Mário Frota (Professor e Presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo)
Ricardo José Macedo de Britto Pereira (Subprocurador-Geral do Trabalho)
Rogerio Schietti Machado Cruz (Ministro do Superior Tribunal de Justiça)

Projeto Gráfico e supervisão editorial

Assessoria de Comunicação do CNMP

Diagramação e revisão

Secretaria de Comunicação Social da PGR

Impressão

Gráfica e Editora Movimento

Conselho Nacional do Ministério Público
Revista Jurídica Corregedoria Nacional : a atuação fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público, volume III/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília : CNMP, 2017.
322 p. il.

ISSN 2525-5800

1. Ministério Público. 2. Corregedorias. 3. Corregedoria Nacional. 4. Constituição Federal. I. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.
Biblioteca/CNMP CDD – 341.413

SUMÁRIO

ARTIGOS VERSANDO SOBRE A TEMÁTICA DO VOLUME III

1. As Medidas de Natureza Disciplinar no Âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)
Luis Gustavo Maia Lima **11**

2. A Atuação Fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público como Instrumento de Avaliação de Políticas Públicas
Antonio Henrique Graciano Suxberger **35**

3. O Direito Administrativo Disciplinar do Ministério Público: Elementos para uma Análise Crítica de seus Fundamentos
Luciano de Faria Brasil **53**

4. Da Nobreza e dos Limites da Atividade Correicional: Breves Considerações
José Adércio Leite Sampaio **67**

5. A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Independência entre as Instâncias Administrativa e Penal
José Roque Nunes Marques e André Luiz Rocha Pinheiro **71**

6. A Fiscalização das Corregedorias do Ministério Público e o Enriquecimento Ilícito
Paulo Rubens Carvalho Marques **87**

7. A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias-Gerais do Ministério Público e a Utilização de Medidas Cautelares no Âmbito Disciplinar
Marco Antônio Chaves da Silva **109**

8. A Atividade Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Aplicação da Sanção de Disciplinar
Rodrigo Leite Ferreira Cabral **127**

9. Abordagem Prática sobre a Atividade Fiscalizadora das Corregedorias quanto à Pena Disciplinar de Suspensão do Membro do Ministério Público
Rafael Schwez Kurkowski **139**

10. A Atividade Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Aplicação de Disponibilidade e Remoção Compulsórias
Antônio Henrique Franco Lopes **161**

11. A Perda do Cargo do Membro do Ministério Público
Renee do Ó Souza **181**

12. Proibição de Exercer o Comércio ou Participar de Sociedade Comercial pelo Membro do Ministério Público: Apontamentos sobre o seu Alcance
Filipe Albernaz Pires e Ricardo Rangel de Andrade **207**

13. O Regime Disciplinar dos Membros do Ministério Público da União
Cesar Henrique Kluge **227**

ARTIGOS SOBRE EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

14. Sistema de Controle Disciplinar do Ministério Público Federal dos Estados Unidos: Possíveis Aplicações de Práticas Orientadoras ao Sistema Brasileiro
Lenna Luciana Nunes Daher e Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino **259**

15. Professionalism In Practice: A System For New Attorneys
Kathryn H. Wisner ESQ. **279**

COMENTÁRIOS SOBRE JURISPRUDÊNCIA

16. Comentários à Jurisprudência: da Aplicação da Disponibilidade Compulsória como Medida Administrativa e da Força Vinculante da Decisão do Plenário do CNMP em Relação à Determinação do Ajuizamento de Ação Civil Própria para a Perda do Cargo
Ana Leticia Laydner Cruz **289**

BOAS PRÁTICAS

17. Recomendação CGMP nº 029/2015
Ministério Público do Estado do Tocantins **293**

18. Ato CGMP nº 16/2016
Ministério Público do Estado da Bahia **297**

19. Recomendação n° 001/CGMP/2014, de 17 de janeiro de 2014
Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul **303**

20. Recomendação Geral CGMPMG nº 01/2017 – 2ª Edição
Ministério Público do Estado de Minas Gerais **307**

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria que apresentamos o terceiro volume da Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, com a temática: A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público.

A Constituição da República de 1988 conferiu ao Ministério Público um novo perfil, atribuindo-lhe a função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A conformação constitucional da Instituição, com o estabelecimento de garantias para a sua atuação independente, requer, todavia, o exercício de controle das atividades funcionais, não apenas para a responsabilização dos autores de desvios disciplinares, mas também para possibilitar a melhoria da performance dos membros e servidores, com reflexo no aprimoramento dos serviços prestados pelo Ministério Público.

Nesse sentido, a Corregedoria Nacional do Ministério Público, que exerce o controle externo, e as Corregedorias das unidades do Ministério Público, que exercem o controle interno, terão à sua disposição artigos de indiscutível qualidade técnica, para o fortalecimento de sua relevante atividade fiscalizatória.

Por fim, não poderíamos deixar de agradecer pela colaboração de todos que participaram da construção da Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, autores dos artigos, membros organizadores, Conselho Editorial e servidores da Corregedoria Nacional e da Assessoria de Comunicação do Conselho Nacional do Ministério Público e da Procuradoria-Geral da República.

CLÁUDIO HENRIQUE PORTELA DO REGO
Corregedor Nacional do Ministério Público

NOTA DOS ORGANIZADORES

A Corregedoria Nacional tem a honra de apresentar mais um volume de sua Revista Jurídica, o terceiro desde a sua criação. A temática desta edição é "A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público".

Neste volume, procurou-se tratar, pormenorizadamente, temas que têm fundamental relevância para o exercício do dia a dia da função disciplinar, seja pela Corregedoria, seja pelos órgãos da Administração Superior com funções disciplinares, seja pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público.

Os temas abordados e os seus respectivos autores são os seguintes: 1) As Medidas de Natureza Disciplinar no Âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (Luis Gustavo Maia Lima); 2) A Atuação Fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público como Instrumento de Avaliação de Políticas Públicas (Antonio Henrique Graciano Suxberger); 3) O Direito Administrativo Disciplinar do Ministério Público: Elementos para uma Análise Crítica de seus Fundamentos (Luciano de Faria Brasil); 4) Da Nobreza e dos Limites da Atividade Correicional: Breves Considerações (José Adércio Leite Sampaio); 5) A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Independência entre as Instâncias Administrativa e Penal (José Roque Nunes Marques e André Luiz Rocha Pinheiro); 6) A Fiscalização das Corregedorias do Ministério Público e o Enriquecimento Ilícito (Paulo Rubens Carvalho Marques); 7) A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias-Gerais do Ministério Público e a Utilização de Medidas Cautelares no Âmbito Disciplinar (Marco Antônio Chaves da Silva); 8) A Atividade Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Aplicação da Sanção de Disciplinar (Rodrigo Leite Ferreira Cabral); 9) Abordagem Prática sobre a Atividade Fiscalizadora das Corregedorias quanto à Pena Disciplinar de Suspensão do Membro do Ministério Público (Rafael Schwez Kurkowski); 10) A Atividade Fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público e a Aplicação de Disponibilidade e Remoção Compulsórias (Antonio Henrique Franco Lopes); 11) A Perda do Cargo do Membro do Ministério Público (Renee do Ó Souza); 12) Proibição de Exercer o Comércio ou de Participar de Sociedade Comercial pelo Membro do Ministério Público: Apontamentos sobre o seu Alcance (Ricardo Rangel de Andrade e Filipe Albernaz Pires); 13) O Regime Disciplinar dos Membros do Ministério Público da União (César Henrique Kluge). No espaço da Revista destinado aos artigos sobre experiências internacionais, Lenna Luciana Nunes Daher e Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino escreveram sobre: Sistema de Controle Disciplinar do Ministério Público Federal dos Estados Unidos: Possíveis Aplicações de Práticas Orientadoras ao Sistema Brasileiro. Já no comentário sobre jurisprudência, Ana Leticia Laydner Cruz discorreu sobre a Aplicação da Disponibilidade Compulsória como Medida Administrativa e da Força Vinculante da Decisão do Plenário do CNMP, em Relação à Determinação do Ajuizamento de Ação Civil Própria para a Perda do Cargo. Como boas práticas, foram trazidas: A Recomendação CGMP nº 029/2015 (MPTO); o Ato CGMP nº 16/2016 (MPBA); A Recomendação nº

001/CGMP/2014, de 17 de janeiro de 2014 (MPMS) e a Recomendação Geral CGMPMG nº 01/2017 – 2ª edição (MPMG).

Feita essa breve exposição, somente nos resta desejar uma boa leitura e que mais esta edição da Revista Jurídica da Corregedoria Nacional possa auxiliar os mais diversos órgãos do Ministério Público a realizar um controle interno e externo de natureza disciplinar de forma mais justa e efetiva.

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL

MARCELO PEDROSO GOULART

LENNA LUCIANA NUNES DAHER

AS MEDIDAS DE NATUREZA DISCIPLINAR NO ÂMBITO DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)

[Disciplinary measures within the National Council of the Public Prosecution]

Luis Gustavo Maia Lima

Resumo: Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, quando o Conselho Nacional do Ministério Público foi criado, a atividade correicional do órgão vem sendo desenvolvida a contento, com tecnicidade e sem corporativismo, apesar das críticas iniciais. As corregedorias locais continuam tendo autonomia para conhecer e analisar os casos que envolvem os seus membros, submetidas, entretanto, a um controle hierárquico superior, por força de norma constitucional, que não limitou ou restringiu a atividade correicional do Conselho Nacional do Ministério Público. O presente artigo tem o objetivo de demonstrar, ainda, que a integração das normas constitucionais com as Leis Orgânicas Estaduais e da União é pressuposto básico para que a atividade disciplinar seja desenvolvida sob os princípios da legalidade e impessoalidade, pois a previsão de condutas sobre as quais incidirá o poder disciplinar do CNMP é da competência de cada Ministério Público, por meio de suas respectivas Leis Orgânicas. E, ainda, destaca as medidas que a Corregedoria Nacional pode aplicar no bojo de procedimentos disciplinares instaurados, com ênfase, em especial, nas medidas disciplinares de remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsória com proventos proporcionais.

Palavras-chave: Conselho Nacional do Ministério Público. Atividade correicional. Autonomia. Integração. Normas dos Ministérios Públicos locais. Remoção. Disponibilidade. Aposentadoria com subsídios proporcionais.

Abstract: Since the promulgation of the constitucional amendment nº 45/04, when the National Council of Public Prosecution was created, the corrective activity has been developed to the satisfaction, with technique and without corporatism, despite initial criticisms. The local offices of professional responsability continue to have autonomy to know and to analyze the cases that envolve their members, submitted, however, to a superior hierarchical control, by virtue of constitucional norm, that in no momento limite or restricted the corrective activity of the National Council of the Public Prosecution Service. The present article also demonstrates that the integration of constitucional norms whith organic laws and state laws of the Union is a basic assumption so that the disciplinary activity be developed under the principles of legality and impersonality, since the prediction of conduct on which will influence the disciplinary power of the CNMP is the responsability of each Public Minister. It also highlighs the measures that the National Offices of Professional Responsability may apply in the contexto of disciplinary proceedings instituted with emphasis in particular, the disciplinary measures of removal, availability and compulsory retirement with proportional benefits.

Keywords: National Council of the Public Prosecution Service. Corrective activity. Autonomy. Integration. Laws of Local Public Minister. Removal. Availabitity. Compulsory retirement with proportional benefits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da atribuição constitucional disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). 3. A atuação disciplinar do CNMP e as Corregedorias locais. 4. O Poder Disciplinar do CNMP e a integração com as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos. 5 Da medida disciplinar de remoção. 6. Da medida disciplinar de disponibilidade. 7. Da medida disciplinar de aposentadoria com proventos proporcionais. 8. Conclusão 9. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de abordar a competência disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Publico (CNMP), bem como de retratar as discussões que antecederam a sua criação, com especial atenção ao alcance e limite de sua atuação.

O CNMP, criado para fazer o controle da atividade administrativa, financeira e do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público, surgiu no mundo jurídico em meio a muita desconfiança, pois visava exercer um controle sobre instituições que se constituem em pilares da democracia e são essenciais ao Estado de Direito, cujas funções também objetivam o controle e a correta aplicação e interpretação do ordenamento jurídico, sendo que o principal ponto de discórdia, na época das discussões, era o receio desses órgãos de controle externo violarem a independência funcional dos membros do MP quando no exercício das suas atividades finalísticas.

O tempo, contudo, demonstrou que o CNMP primou pelo respeito à independência funcional, focando sua atividade em questões administrativas e, especialmente, na fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público.

O foco deste artigo é abordar especificamente as medidas disciplinares de competência do Conselho Nacional do Ministério Público e a relação de integração das normas constitucionais com as normas nacionais e estaduais de cada um dos Ministérios Públicos.

Discorreremos também acerca da tipicidade das infrações disciplinares e o entendimento jurisprudencial do CNMP a respeito do tema.

As medidas disciplinares citadas são aquelas previstas no art. 130-A, § 2º, III, da Constituição Federal, quais sejam, a remoção compulsória, a disponibilidade e a aposentadoria com proventos proporcionais, sua aplicação, interpretação em relação às Leis Orgânicas e o entendimento do CNMP no julgamento de casos concretos.

2. DA ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) surgiu no cenário jurídico com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, em meio a um pacote de mudanças legislativas que traziam uma série de medidas afetas ao funcionamento do sistema de Justiça, em especial do Poder Judiciário, e que ficou conhecido à época como a "Reforma do Judiciário".

Entre as novidades surgidas no cenário jurídico, a exemplo da federalização de crimes contra os direitos humanos, da possibilidade de criação de varas especializadas em questões agrárias e da previsão de duração razoável do processo, tanto na esfera judicial quanto na administrativa, uma das mais significativas e emblemáticas novidades foi a criação de órgãos de controle externo do Ministério Público e do Poder Judiciário denominados, respectivamente, como Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Apesar das características similares entre os órgãos, criados como importantes instrumentos de gestão e de controle tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário, e das idênticas razões que levaram à sua criação, o CNJ foi previsto como órgão integrante do próprio Poder Judiciário, conforme previsto no art. 92 da Constituição Federal, ao contrário do CNMP, que não fez parte da estrutura do Ministério Público brasileiro, possuindo, portanto, natureza jurídica de órgão administrativo de natureza autônoma e externa ao Ministério Público brasileiro.

Malgrado a aparente necessidade de se criar órgãos de controle do Ministério Público e do Poder Judiciário, as discussões e debates que antecederam a aprovação da Emenda Constitucional foram acirradas e iniciaram ainda na época da Assembleia Constituinte, com foco inicial no Poder Judiciário, ocasião em que o deputado federal Plínio de Arruda Sampaio apresentou projeto prevendo a realização de audiências públicas organizadas por uma comissão de parlamentares em que a sociedade teria a oportunidade de apresentar reclamações contra magistrados na presença dos presidentes dos Tribunais de Justiça. Entendia o parlamentar que a publicidade inerente às audiências públicas seria a única forma de pressionar os órgãos disciplinares locais a punirem os magistrados que descumprissem seus deveres funcionais.

A proposta, por óbvio, não vingou, dando lugar a outras que se assemelharam à que foi aprovada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Foram pelo menos 13 anos de negociações e as insatisfações associativas eram latentes. De um lado, críticos da composição interna dos órgãos, cuja maioria era formada por membros da própria instituição (15 membros no CNJ, dos quais 9 eram do Judiciário, e 14 membros do CNMP, dos quais 8 eram do Ministério Público), contando com pequena representação da sociedade civil e, de outro lado, críticas das próprias associações corporativas, que não se conformavam com o fato de os integrantes dos órgãos não serem escolhidos por seus próprios pares, mas sim pelos seus chefes.

Todavia, a discordância mais intensa partiu dos próprios integrantes do Poder Judiciário, que viam na criação do Conselho Nacional de Justiça uma inaceitável ingerência na independência funcional e na atividade finalística jurisdicional, em evidente afronta ao princípio da independência e separação dos poderes da República, insculpido no art. 2º da Carta Magna. As insatisfações também partiram dos membros do Ministério Público, mas ocorreram em menor intensidade, decorrência da menor resistência a controles dos membros integrantes da instituição recém-moldada pela Constituição Federal. Esse receio acabou por desconsiderar a experiência europeia, cujos Conselhos de Justiça foram criados justamente para dar maior independência à atividade desempenhada pelos magistrados.

Esse descontentamento acabou se materializando no ajuizamento da ADI 3367-1 por parte da Associação dos Magistrados Brasileiros, em situação pouco usual, pois ajuizada ainda antes da publicação da referida Emenda Constitucional, argumento, contudo, rechaçado pela Corte, em virtude da posterior publicação ocorrida ainda no processo de tramitação da referida ADI.

No bojo dessa ação, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) alegava a inconstitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, situação que também se aplicaria ao Conselho Nacional do Ministério Público, em razão da mesma natureza e finalidade que os uniam. Os principais argumentos deduzidos foram a violação ao princípio da separação dos poderes e a ofensa ao Pacto Federativo.

No julgamento, cuja relatoria ficou a cargo do ministro César Peluzo, todos esses argumentos foram rechaçados, não sem antes serem objeto de discussões acaloradas acerca do alcance das atribuições previstas aos Conselhos e que poderiam ocasionar a violação a princípios constitucionais, erigidos em cláusula pétrea, tendentes a desfigurar as instituições. Não obstante, a tese majoritária entendeu, com acerto, que as atribuições destinadas ao CNJ de controle administrativo, financeiro e dos deveres funcionais de seus membros não afetavam o cerne das atribuições finalísticas destinadas ao Poder Judiciário, fruto da soberania estatal em exercer o poder jurisdicional em todo território nacional, mantendo-se, assim, hígidos todos os princípios constitucionais que foram objeto de insurgência pela parte autora. Logicamente, o julgado serviu também para reafirmar a legalidade e a legitimidade do Conselho Nacional do Ministério Público.

Assim, em meio a incertezas e desconfiança, o CNJ e o CNMP foram criados e previstos constitucionalmente como órgãos de controle administrativo, financeiro e do cumprimento dos deveres funcionais dos integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que se mostrou, no decorrer do tempo, uma decisão salutar e de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, pois reafirmaram o exercício da cidadania, ao permitir pleno acesso a todos tipos de reclamações e reivindicações por parte da sociedade, facultando a ela um controle mais apropriado de instituições cujo acesso não se deu pela via da eleição, aperfeiçoando a análise dos procedimentos disciplinares com maior eficiência e isenção, além, ainda, de se consolidarem como órgãos de fortalecimento e integração institucionais.

3. A ATUAÇÃO DISCIPLINAR DO CNMP E AS CORREGEDORIAS LOCAIS

O Conselho Nacional do Ministério Público foi regulamentado pelo art. 130-A da Constituição Federal, competindo-lhe, conforme regramento previsto no § 2º, o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Apesar das importantes e necessárias atribuições de controle da atuação administrativa e financeira, não há como negar o viés e a proeminência da atividade correicional do órgão, destinada a controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos membros do MP e de orientar e fiscalizar o adequado funcionamento institucional, muito também em decorrência do espaço que a mídia destinou a esse tipo de demanda e do próprio interesse social em que o Conselho desse respostas rápidas e efetivas a todo e qualquer indício de descumprimento de deveres funcionais por parte dos integrantes do MP, até porque o cumprimento desses deveres é pressuposto necessário e fundamental para o pleno funcionamento institucional em prol dos interesses sociais.

Em relação à atribuição constitucional de exercer o controle dos deveres funcionais de seus membros, a Carta Magna disciplinou, em seu art. 130-A, § 2º, inciso III, que caberia ao Conselho Nacional do Ministério Público receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público brasileiro, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional das Corregedorias locais.

Apesar de um dos motivos para a criação dos Conselhos ter sido a suposta ausência de isenção das Corregedorias locais para conhecerem e processarem as reclamações contra os seus membros, ainda assim muita controvérsia surgiu a respeito da extensão da atividade correicional dos Colegiados em relação à atividade disciplinar desenvolvida pelas Corregedoria locais.

Esse argumento de ausência de isenção, dentre as várias vozes que o pronunciavam, foi proferido publicamente em entrevista dada por Sérgio Renault, secretário da Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, à época da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004 e que participou ativamente das discussões e negociações em torno da proposta de emenda. Quando perguntado, em relação ao Conselho Nacional de Justiça, de que forma os trabalhos da Corregedoria Nacional de Justiça poderiam ser mais eficazes do que o trabalho das corregedorias dos tribunais estaduais e federais, respondeu: "As corregedorias não têm distanciamento e isenção para fazer investigações adequadas. Basta que se verifique o trabalho desenvolvido por elas, para se constatar que a sua atividade não é exercida com imparcialidade, isenção e eficiência".

Apesar da contundência dos argumentos, certo é que a criação dos Conselhos gerou uma enorme desconfiança por parte das Corregedorias locais, especialmente em relação à extensão dessa atividade correicional, principalmente diante da redação do art. 130-A, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, que esclarece que

essa atividade dar-se-á sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos órgãos de Corregedoria locais.

O legislador constituinte, ao revelar que a atividade disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público dar-se-ia sem prejuízo da competência disciplinar dos órgãos locais, deixou margem ao surgimento de várias interpretações acerca do caráter complementar e subsidiário da atividade disciplinar já desempenhada pelas Corregedorias locais.

A tarefa então de esclarecer a forma e extensão desse controle coube ao Supremo Tribunal Federal (STF), já que o Regimento Interno do CNMP, em seu art. 2º, inciso III, apenas replicou o texto constitucional na forma como descrito.

Inicialmente, algumas decisões do STF, a exemplo das proferidas nos Mandados de Segurança nºs 28.712, 28.743, 28.799 e 28.003, todas do Distrito Federal, limitavam a atuação disciplinar dos Conselhos, em relação às Corregedorias locais nas seguintes hipóteses: a) inércia dos órgãos censitários locais; b) existência de simulação investigatória; c) procrastinação indevida; d) incapacidade de atuação do órgão de origem; e) inexistência de quórum para julgamento; f) iminência de prescrição; e g) qualquer situação avaliada e motivada pelos Conselhos.

Todavia, apesar desse entendimento, a jurisprudência se consolidou, a partir do julgamento da ADI nº 4.638/DF (DJe 30/10/2014) da lavra do Min. Marco Aurélio, no sentido de considerar plena a competência da Corregedoria Nacional no campo disciplinar, não sendo, portanto, subsidiária em relação às Corregedorias locais, mas sim originária, autônoma, concorrente e paralela, podendo até mesmo instaurar, de ofício, procedimentos disciplinares, sendo sua competência decorrente de texto constitucional, não dependendo, portanto, de motivação do órgão ou do preenchimento de determinados requisitos específicos.

Dessa forma, uma vez consolidados pela mais alta corte do país os limites e extensão da atividade correicional desenvolvida pelas Corregedorias Nacionais, cabe aqui determinar de que forma essa atividade disciplinar vem sendo realizada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a partir da análise das medidas disciplinares previstas constitucionalmente e da interpretação dos fatos levados a julgamento no CNMP.

4. O PODER DISCIPLINAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A INTEGRAÇÃO COM AS LEIS ORGÂNICAS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS

O poder disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público é exercido de forma plena, conforme já consolidado na jurisprudência da mais alta corte do país, e sua atribuição disciplinar abrange o controle do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, bem como a adequada atuação, visando sempre à resolutividade de sua atuação na realização do interesse público, podendo, no exercício do seu dever, realizar inspeções e correições nos órgãos do Ministério Público, inclusive nos da Administração Superior.

Por ser um órgão de natureza eminentemente administrativa, não possui atribuições para desconstituir atos vinculados à atividade-fim dos membros do Ministério Público brasileiro, conforme consolidado na Súmula 6 do CNMP, de 28 de abril de 2009, e diante da clareza de suas atribuições previstas na Constituição Federal.

Todavia, isso não quer dizer, em hipótese alguma, que pode agir livremente, fazendo uso da garantia da independência funcional, tão importante para a defesa dos interesses sociais, em seu favor, com vistas a proteger suas convicções pessoais nem sempre escudadas no ordenamento jurídico ou no interesse público, uma vez que, o ato ilegal, que pode configurar desvirtuamento dos deveres funcionais, por óbvio não estará protegido pela independência funcional do membro, estando sujeito, portanto, à competência disciplinar do Conselho Nacional do Ministério Público.

O princípio institucional da independência funcional assegura que os membros do Ministério Público, no exercício da atividade-fim, sujeitam-se apenas às regras constitucionais e às leis, protegendo-os contra indevidas ingerências e pressões tanto externas quanto internas. Esse princípio está umbilicalmente relacionado com a objetividade da atuação, pois se o membro do Ministério Público só se vincula ao ordenamento jurídico para cumprir as suas funções institucionais, ele o faz somente para cumprir o seu múnus, e não para dar guarida a qualquer outro interesse não vinculado ao interesse público.

Agora, como já esclarecido, o princípio da independência funcional não possui preponderância sobre os deveres funcionais de zelar pela correta e adequada aplicabilidade da norma, visando sempre aos interesses que melhor se amoldem aos anseios sociais.

Pela leitura do art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal, identificam-se, basicamente, três espécies de competências disciplinares afetas às atribuições do CNMP, quais sejam: receber e processar reclamações disciplinares, avocar processos em curso e revisar processos disciplinares julgados nos órgãos de origem. No inciso III daquele mesmo dispositivo, há a previsão de aplicação das penalidades de remoção, disponibilidade e aposentadoria com subsídios proporcionais.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo Disciplinar, deve o Conselho Nacional do Ministério Público, na interpretação das condutas e na aplicação das penas, valer-se tanto dos princípios constitucionais explícitos quanto também dos implícitos.

Dessa forma, o dever de provar o ilícito funcional contra o membro ou servidor é do Estado, competindo a este estabelecer a condição de certeza e liquidez da responsabilidade pela conduta inquinada como falta funcional, sendo que a acusação deve ser certa e objetiva. Além disso, para a caracterização da conduta típica administrativa deflagradora de sanção disciplinar, necessária se faz a demonstração do dolo ou culpa na conduta do agente.

Quanto à tipicidade, ao contrário do que ocorre no Direito Penal, não vige no Direito Administrativo Disciplinar o princípio da tipicidade formal.

A garantia de que as faltas disciplinares estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), visto que, sem a tipificação do comportamento proibido, resulta violada a segurança jurídica do indivíduo, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais.

Assim, a existência de prévios tipos legais visa limitar o poder persecutório disciplinar do Estado, não sendo possível a este punir os seus membros por condutas consideradas atípicas na esfera disciplinar.

Todavia, o Direito Disciplinar comporta um regime de tipicidade permissiva no qual, em nome do interesse público, são utilizados tipos abertos (*a exemplo da conduta pública e privada ilibada)*, assim denominados porque de conteúdo impreciso ou indeterminado, constituindo verdadeiras cláusulas gerais, hipóteses cujas características primordiais são formadas a partir da análise do caso concreto sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e quem delimita essas condutas, ainda que em tipos abertos, são as próprias Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais e do Ministério Público da União, não sendo cabível ao legislador ordinário nem à autoridade administrativa criarem outras sanções administrativas.

Assim, ao contrário do que ocorre com o Poder Judiciário, regido por uma única Lei Orgânica Nacional, no Ministério Público brasileiro cada Estado possui competência para delimitar as condutas que podem configurar falta funcional em suas respectivas Leis Orgânicas, estando vinculados apenas a balizas de normas gerais editadas pela União, que no caso é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público brasileiro (Lei nº 8.625/1993). Essa lei, no campo disciplinar, prevê apenas alguns deveres e vedações atribuídos aos membros do Ministério Público brasileiro, deixando ao critério de cada Estado a previsão da penalidade aplicável e as demais regras atinentes ao instrumento de apuração das infrações disciplinares.

Desse modo, o CNMP, no âmbito de sua competência disciplinar, somente pode aplicar penalidades a condutas previamente previstas nas Leis Orgânicas Estaduais e na Lei Complementar nº 75/1993, que disciplinam normas aplicáveis ao Ministério Público da União, tudo em conformidade com o princípio do *nullum ilicito nulla poena sine previa legi*.

Importante esclarecer que as circunstâncias funcionais favoráveis ao membro do Ministério Público são insuficientes, por si sós, para a descaracterização da tipicidade formal e material da infração funcional, sob pena de substituir o direito disciplinar do fato, regido pelo princípio da legalidade, pelo direito disciplinar do autor.

De acordo com a Constituição Federal, em seu art. 130-A, § 2º, inciso III, são aplicáveis aos membros do Ministério Público brasileiro as penalidades de remoção, disponibilidade e aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao

tempo de serviço, as quais serão analisadas posteriormente em tópico próprio, além de outras sanções administrativas.

Essas outras sanções administrativas são aquelas previstas nas Leis Orgânicas Estaduais e na Lei Complementar nº 75/1993 (ref. ao MPU) e são as seguintes: multa (*prevista nos Ministérios Públicos do Paraná, Rio Grande do Sul e Tocantins)*, admoestação (*prevista nos Ministérios Públicos do Piauí e Roraima*) advertência, censura, suspensão, exoneração (*prevista no Ministério Público de Minas Gerais*), demissão, cassação de aposentadoria e disponibilidade, perda de cargo, cassação de aposentadoria e cassação da promoção ou remoção (*prevista no Ministério Público do Pará).*

De consignar que cada Ministério Público brasileiro, em reforço à sua autonomia institucional, prevê as condutas e penalidades correspondentes que serão aplicáveis aos seus membros após regular apuração, que deverá seguir certas formalidades e prestigiar os princípios da ampla defesa e contraditório, não sendo possível ao Conselho Nacional do Ministério Público aplicar a membro de determinado ramo ou Estado penalidade que não esteja prevista em sua respectiva Lei Orgânica ou na Constituição Federal.

Apesar do art. 80 da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público) prever a aplicabilidade subsidiária das normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, tal não alcança as normas que preveem condutas nem infrações disciplinares, pois, por se tratar de normas de caráter punitivo, são excepcionais, afastando, assim, pelas regras de hermenêutica, a aplicação subsidiária de outras normas, a não ser que haja expressa previsão nesse sentido.

Em algumas Leis Orgânicas, existe a previsão de aplicação de penalidades de naturezas diversas para uma mesma violação a um dever funcional, o que permite ao julgador utilizar-se de um poder discricionário para, entre as penalidades previstas, escolher aquela que melhor se amolde às circunstâncias do caso concreto.

Esse poder, contudo, apesar de discricionário, não deve nem pode ser confundido com poder arbitrário, cabendo à autoridade competente, no momento da aplicação da pena, sopesar aspectos como a natureza e gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada, os danos que da conduta resultaram ao serviço ou à imagem do Ministério Público e os antecedentes do infrator, para, com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, aplicar a penalidade mais adequada ao caso concreto.

Também a quantidade de infrações de uma mesma natureza praticadas dentro de um mesmo contexto fático, apesar de indicar um maior desvalor na conduta do membro, não tem o condão de provocar a aplicação de pena mais grave do que aquela prevista em lei para o fato ao argumento da existência do instituto da reincidência.

Esse entendimento foi espelhado no julgamento do PAD nº 1.00022/2015-81, cuja relatoria ficou a cargo do Conselheiro Antônio Pereira Duarte. Nele, o

Conselho Nacional do Ministério Público entendeu que a quantidade de faltas disciplinares decorrentes da análise de um mesmo fato não enseja a aplicação de penalidade mais grave do que aquela prevista para o fato, se não previsto o requisito objetivo da reincidência, já que para a configuração desta devem estar presentes os requisitos previstos em lei que, em regra, pressupõe que uma primeira pena já tenha sido aplicada anteriormente à prática do fato apurado.

Dessa forma, verifica-se a perfeita compatibilização das normas constitucionais afetas às atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público com as normas disciplinares previstas nas Leis Orgânicas Nacionais e Lei Orgânica do Ministério Público da União, atuando aquele órgão censor com autonomia e independência no seu poder punitivo e corretivo, mas sem ferir a autonomia de cada Ministério Público na regulamentação das condutas e penalidades que poderão ser aplicadas ao fato objeto de apuração.

Passemos agora a analisar algumas das medidas de caráter disciplinar de competência do Conselho Nacional do Ministério Público, sua natureza e consequências jurídicas.

5. DA MEDIDA DISCIPLINAR DE REMOÇÃO

A Carta Magna prevê expressamente em seu art. 130-A, § 2º, inciso III, a possibilidade de aplicação pelo Conselho Nacional do Ministério Público das medidas disciplinares de remoção, disponibilidade e aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais, além de outras sanções administrativas.

A remoção é sanção ou medida administrativa vinculada à movimentação e relotação do membro ministerial. Ela é prevista como medida administrativa por força do que dispõe o § 4º do art. 129 da CF, o qual manda aplicar ao Ministério Público as disposições do seu art. 93, que, em relação à magistratura, prevê nesse mesmo artigo, em seu inciso VIII, a medida da remoção fundada em interesse público.

No exercício do seu poder regulamentar, previsto expressamente no art. 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público, zelando pela eficiência no trato da coisa pública por parte do agente estatal, nos arts. 142 a 146 de seu Regimento Interno, versou sobre a remoção por interesse público ou compulsória, esclarecendo que a medida, que não se confunde com aquela decorrente de sanção disciplinar, pode ser provocada por qualquer cidadão ou autoridade, o que demonstrou ser medida acertada, pois permite à sociedade, destinatária dos serviços prestados pela instituição, exercer uma forma de fiscalização sobre a atuação do membro, especialmente no que se refere à sua inatividade ou deficiência de atuação enquanto tutor dos interesses essenciais da sociedade.

Há também evidente compatibilidade da previsão da remoção por interesse público com as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais e a Lei Orgânica

do Ministério Público da União, pois em todas elas existe a previsão dessa medida, tratada em algumas leis como remoção compulsória.

Hugo Nigro Mazzilli, ao discorrer sobre o tema, assim manifestou:

> Pode simplesmente convir ao interesse público que um membro do Ministério Público seja removido compulsoriamente do cargo ou afastado da comarca de lotação, como quando, por circunstâncias quaisquer, possa ter criado tais e tantos impedimentos, que consulte à coletividade sua remoção.

A uma primeira vista, pode causar perplexidade o fato de ser prevista uma medida que seja contrária à vontade de um membro e em putativa rota de colisão com a garantia constitucional da inamovibilidade. A inamovibilidade é garantia essencial para o exercício pleno das funções de forma livre e autônoma, sem ingerências, pressões externas ou remoções fundadas ao mero capricho institucional. Ela garante à sociedade uma atuação livre e autônoma do agente público.

Todavia, não pode o membro ministerial dela se servir para, na defesa dos interesses e direitos que jurou defender, atuar com ineficiência e deficiência, atingindo até mesmo a própria imagem institucional perante a sociedade de forma indelével.

Daí porque a própria Constituição Federal, em situações excepcionais em que demonstrado o interesse público da medida, afasta a prerrogativa da inamovibilidade, valendo-se de consagrado princípio das convivências públicas, segundo o qual não existe direito, garantia ou prerrogativa de caráter absoluto, prevendo, assim, uma exceção à garantia quando motivo de interesse público assim indicar a necessidade da medida, mediante decisão Colegiada e assegurada a ampla defesa, conforme expressamente previsto no art. 128, § 5º, I, "b" da Lei Maior. A própria Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1993) faz essa mesma previsão em seu art. 38.

Ocorre que nenhuma lei e nem mesmo o Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público definem o que é interesse público e quais as hipóteses que autorizariam a medida. Logicamente, estamos aqui a tratar do interesse público primário, que é aquele que afeta toda a coletividade e que possui status superior ao interesse público secundário, que é direcionado à máquina administrativa, devendo o interesse público, para fazer incidir a medida da remoção, estar cabalmente demonstrado por meio de fatos concretos.

Assim, essa definição do que configuraria o interesse público capaz de fazer aplicar essa medida excepcional, em algumas situações, ficou a cargo do Conselho Nacional do Ministério Público, que, pela primeira vez desde a sua criação, aplicou a medida a membro do Ministério Público.

No julgamento da Remoção por Interesse Público (RIP) nº 1.00084/2016-56, de relatoria do Conselheiro Gustavo Rocha, cuja ementa transcreverei a seguir, entendeu o Colegiado ser motivo suficiente para configurar o interesse público a diminuta produtividade extrajudicial, configuradora de atuação pouco eficiente, além da inexistência de movimentação judicial expressiva da unidade (no caso

tratava-se de uma unidade extrajudicial), aliada à reclamação da sociedade, ocorrida em evento institucional, apontando atuação deficiente do membro ministerial, materializada pelo fato de não ser receptivo à sociedade em relação às demandas que lhe eram dirigidas, não ter relação com outros órgãos importantes na defesa dos interesses metaindividuais e de não orientar a população em relação às suas demandas.

Referido acórdão restou assim ementado:

> REMOÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. PROMOTOR TITULAR DA PROMOTORIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE MACAPÁ. ATUAÇÃO INSUFICIENTE DO REQUERIDO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CREDIBILIDADE DA INSTITUIÇÃO NA MATÉRIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR ABALADA PERANTE A POPULAÇÃO LOCAL. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO. PRESENÇA DE REQUISITOS AUTORIZADORES DA EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL À GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DO PROCEDIMENTO. 1. O fundamento da necessidade de realização de perícia no sistema de registro de ações civis públicas e TACs, além de desprovido de sustentação jurídica, não encontra qualquer amparo também no mundo dos fatos, uma vez que bastaria a juntada aos autos de cópias dos TACs e das iniciais, ou mesmo dos andamentos processuais disponíveis na rede mundial de computadores, das ações em questão. 2. A finalidade teleológica primordial da inamovibilidade é evitar que o membro do Ministério Público fique sujeito às pressões, perseguições e remoções casuísticas, mas não servir de blindagem para sua ineficiência no que tange aos direitos e interesses que tem por mister defender naquela respectiva unidade. 3. Não há que se confundir a natureza do presente procedimento, que tem por objeto análise da necessidade da prática de ato administrativo que visa à consagração do interesse público em situações excepcionais e devidamente justificadas, com procedimentos de cunho disciplinar, em que se pretende aferir a violação de dever funcional com vistas à aplicação da penalidade cabível. 4. Salvo raras exceções experimentadas em alguns estados da federação, onde por lei as Promotorias de Defesa do Consumidor cumulam atribuições de PROCON, a atuação do Ministério Público na gestão de conflitos individuais deve ser sempre tratada como exceção, jamais podendo servir de justificativa para a não atuação precípua na defesa dos interesses metaindividuais. 5. Soa contraditório que o membro requerido aponte a falta de estrutura fornecida pela Administração Superior do MPAP para melhor desempenhar suas funções, mas ao mesmo tempo, ao invés de trabalhar demandas coletivas que realmente têm o poder de inibir violações rotineiras do direito do consumidor, a exemplo de relações de consumo mantidas com companhias telefônicas, ou empresas prestadoras de serviços de água, luz, transportes, etc, opte por dedicar sua atenção a realização de milhares de atendimentos e conciliações individuais. 6. Agride diretamente o interesse público o exercício da titularidade de uma Promotoria de Defesa do Consumidor por membro que coloca em segundo plano o tratamento das questões que

> envolvem direitos metaindividuais, justificando tal atuação na necessidade de conduzir conciliações e mediações, sem qualquer registro, envolvendo interesses individuais. 7. Causa espanto a análise dos dados apontados no relatório de inspeção da Corregedoria Nacional do Ministério Público, que dão conta de que nos últimos cinco anos somente foram instaurados sete inquéritos civis, celebrados vinte e dois termos de ajustamento de conduta e ajuizadas três ações civis públicas, sendo que tais ações sequer foram ajuizadas pelo requerido, mas, sim, por substituto. 8. As premissas que sustentam a presente decisão são semelhantes às utilizadas no julgamento do Processo Administrativo Avocado nº 1.032/2009-79, premissas essas que restaram ratificadas por recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 31544/DF, da relatoria do Ministro Edson Fachin. 9. Julgamento no sentido da procedência da proposta de remoção por interesse público.

Importante deixar consignado que o procedimento de remoção compulsória regulamentado pelo Regimento Interno do CNMP não tem natureza disciplinar, não sendo cabível a sua aplicação simplesmente pela prática de condutas funcionais violadoras dos deveres funcionais, pois, como medida administrativa, exige a cabal comprovação da existência de interesse público para justificar essa excepcional medida, conforme entendimento consignado no seguinte julgado:

> PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. REMOÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA DO ATO. CONFIGURAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. PROCEDÊNCIA.
>
> 1. A remoção por interesse público, hipótese excepcional de relativização da garantia da inamovibilidade, não é medida de natureza disciplinar, conforme entendimento deste Conselho Nacional. Precedentes**.**
>
> 2. A situação concreta, entretanto, que caracteriza o uso da remoção por interesse público com finalidade punitiva, a caracterizar bis in idem frente a penalidade de advertência anteriormente imposta.
>
> 3. A mera existência de fatos apurados em procedimento disciplinar não é suficiente para configurar o interesse público justificador da excepcional quebra da garantia da inamovibilidade, sendo indispensável a presença da inafastável necessidade de transferir-se o membro de seu ofício, para garantir o adequado andamento dos serviços e o adequado exercício das funções ministeriais.
>
> 4. Procedência. (CNMP. Procedimento de Controle Administrativo n.º 0.00.000.002134/2010-45. Relatora: Taís Schilling Ferraz. Brasília, 26 de janeiro de 2011).

Agora, em algumas Leis Orgânicas, a remoção é prevista como penalidade administrativa e sua aplicação decorre de uma punição aplicada em procedimento formalmente instaurado (Processo Administrativo Disciplinar), mediante regras previamente estabelecidas, regidas pelos princípios constitucionais da ampla

defesa e do contraditório e tendo como premissa a violação aos deveres funcionais inerentes ao cargo. Naquelas leis em que a remoção compulsória não é prevista como pena, nada impede que o Conselho Nacional do Ministério Público cumule a penalidade aplicada com o pedido de remoção por interesse público quando os fatos apurados configurarem infração disciplinar e indicarem a necessidade da remoção por interesse público, conforme previsto, por exemplo, na Lei Orgânica do Ministério Público da Bahia, em que é possível ao corregedor-geral representar ao Conselho Superior quando nos autos da sindicância instaurada ficarem apurados fatos que recomendem a remoção compulsória.

A principal consequência da remoção, seja ela por interesse público ou decorrente de aplicação de penalidade administrativa, é alterar a lotação do membro, relotando-o, quando possível, em outro órgão de execução de natureza diversa daquela que ensejou a sua remoção compulsória. Ora, se os fundamentos da remoção estão interligados com fatos que não recomendam a atuação do membro do Ministério Público em determinada área de atuação, seja por deficiência, inefetividade ou sua exposição a risco de descrédito, não seria crível que pudesse ele ser relotado em mesma área de atuação.

Essa premissa, contudo, de que o membro do Ministério Público nunca mais poderá atuar na área em que desempenhava sua funções antes da medida não é imutável, pois a depender do fundamento que ensejou a remoção, aliado à menor gravidade dos fatos, pode acontecer de o membro voltar, posteriormente, a atuar na mesma área que exercia as funções antes da medida. Esse foi o entendimento do CNMP no julgamento do PAD nº 0.00.000.001785/2013-61, de relatoria do Conselheiro Esdras Dantas de Souza, conforme ementa a seguir descrita:

> PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MINAS GERAIS. MEIO AMBIENTE. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE DESEMPENHAR COM ZELO SUAS FUNÇÕES E DE VELAR PELA REGULARIDADE DE PROCESSO JUDICIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PENA DE REMOÇÃO COMPULSÓRIA, PARA QUE O MEMBRO FIQUE PREFERENCIALMENTE AFASTADO DA ATRIBUIÇÃO DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE PELO PERÍODO DE DOIS ANOS.
>
> 1. Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado por determinação do Corregedor Nacional do Ministério Público em face de membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais que adotou procedimento funcional incompatível com o desempenho das atribuições do cargo, ao transigir sobre a essência de direito difuso defendido pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais no âmbito de demanda judicial.
>
> 2. Procedência do pedido para determinar a aplicação da pena de remoção compulsória ficando o membro do Ministério Público do Estado de Minas-Gerais preferencialmente afastado da atribuição de defesa do meio ambiente pelo período de dois anos.

> 3. Determinação de remessa de cópias reprográficas do presente procedimento ao Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para fins de adotação das medidas necessárias à apuração de eventual prática de ilícito penal.
>
> (CNMP. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR nº 0.00.000.001785/2013-61. RELATOR: Conselheiro Esdras Dantas de Souza. REQUERIDO: Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Brasília, 09 de junho de 2015).

Há casos, porém, que a remoção compulsória ou por interesse público pode acarretar até mesmo a disponibilidade do membro do Ministério Público, conforme previsão, por exemplo, do art. 326, inciso II da Lei Orgânica do Ministério Público do Amazonas, medida de duvidosa efetividade, pois a remoção tem a finalidade de afastar o membro de determinado órgão de execução, mas não de afastá-lo do exercício de suas funções públicas.

Portanto, a remoção do membro ministerial é importante medida administrativa ou disciplinar que visa resguardar a sociedade de uma atuação deficiente e pouco efetiva do agente público.

6. DA MEDIDA DISCIPLINAR DE DISPONIBILIDADE

A disponibilidade, outra das medidas disciplinares previstas constitucionalmente e que pode ser aplicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ao contrário da remoção compulsória, é medida que tem como objetivo primordial afastar o membro de suas funções por prazo indeterminado, quando não for conveniente à instituição, para resguardar sobretudo a sua moralidade, que o membro permaneça no exercício de suas funções públicas.

A disponibilidade pode ou não ter a natureza de pena. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 39, não a trata como pena, ao disciplinar que a medida poderá ser aplicada em caso de extinção do órgão de execução, da Comarca ou mudança da sede da Promotoria de Justiça.

Nesses casos, fatos objetivos em relação aos quais o membro do Ministério Público não possui nenhum controle ou participação ensejam sua disponibilidade, que, por conta dessas circunstâncias, não lhe advém nenhum prejuízo, mantendo o membro a percepção de vencimentos e vantagens integrais, além do cômputo do tempo de serviço como se em exercício estivesse. As vedações constitucionais em relação ao membro continuam em vigência até seu posterior aproveitamento, o que deve ocorrer no tempo mais breve possível.

Agora, em certas ocasiões, a disponibilidade possui verdadeiro caráter disciplinar, mas a lei não a trata como infração disciplinar, mas sim, como medida administrativa e deve ser aplicada em casos em que o interesse público assim o recomendar, visando, ademais, à própria proteção da instituição, podendo ela ser aplicada autonomamente, não estando atrelada a nenhuma outra condicionante.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prevê a sua aplicação no art. 15, inciso VIII (Lei nº 8625/1993), atribuindo ao Conselho Superior a competência para determinar a medida por interesse público, assegurada a ampla defesa. Assim, como norma geral de aplicabilidade aos demais Ministérios Públicos de outros estados, e por não ser considerada penalidade disciplinar, mas sim medida administrativa de interesse público, pode ser aplicada ao membro ainda que sua própria Lei Orgânica não preveja a sua aplicação.

Quanto ao interesse público que justifica a aplicação da medida, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, depende das circunstâncias concretas do fato, sendo de todo aplicáveis aqui as considerações tecidas em relação à remoção compulsória. Algumas leis orgânicas, contudo, vinculam o interesse público a determinadas circunstâncias, como ocorre no Ministério Público do Rio de Janeiro, constando de sua lei orgânica que a medida será aplicada por motivo de interesse público nas hipóteses em que o membro valer-se de sua função para auferir algum tipo de vantagem ou incidir numa segunda reincidência por fato anteriormente punido com pena de suspensão.

Já a Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais dispõe que o interesse público será obrigatoriamente reconhecido nos casos de grave omissão nos deveres do cargo, ocorrência de fatos que resultem em perigo iminente ao prestígio da instituição, capacidade de trabalho reduzida, produtividade escassa, atuação funcional comprometedora, demonstração superveniente de insuficientes conhecimentos jurídicos, induzimento de órgãos da administração superior a erro e vedação de recebimento, sob qualquer pretexto e a qualquer título, de honorários, custas processuais e percentagens (art. 219 da LOMG).

Verifica-se, pois, que cada Lei Orgânica dispõe de suas próprias regras na delimitação e limites do conceito de interesse público que conduz à disponibilidade compulsória, mas todas as hipóteses demonstram a gravidade dos fatos praticados a não recomendar a continuidade do exercício das funções do membro do Ministério Público.

Naquelas leis orgânicas em que a disponibilidade é prevista expressamente como infração disciplinar, não poderá o Conselho Nacional do Ministério Público cumular a medida com outra infração disciplinar pelo mesmo fato.

Quando, porém, não for esse o caso, nada impede que o Colegiado, à sanção disciplinar, cumule pedido de disponibilidade compulsória. Aliás, essa última medida é salutar nos casos em que se decide pelo ajuizamento de ação civil por perda do cargo, já que não convém ao interesse público manter o membro do Ministério Público, que praticou fatos graves, no exercício das funções durante o longo processo de ação civil por perda de cargo. Ora, se os fatos praticados e apurados, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, levaram à aplicação da penalidade mais grave (perda do cargo), com ajuizamento da ação civil, com muito mais razão convém à instituição aplicar medida administrativa preventiva, que visa resguardar não só o interesse público, mas também a moralidade administrativa.

A infração disciplinar de disponibilidade deve ser aplicada quando as circunstâncias do fato não justificarem aplicação de penalidade mais branda, nos casos em que a credibilidade e imagem do Ministério Público perante a sociedade restaram abaladas. A medida deve ter o condão de impedir que os fatos praticados pelo membro ministerial venham a tornar-se um exemplo negativo tanto para a sociedade em geral quanto para os próprios membros da instituição.

O CNMP já se manifestou acerca da competência conferida ao Colegiado para a aplicação da referida penalidade nos processos disciplinares. O caso foi apreciado no Processo Administrativo Disciplinar nº 0.00.000.000226/2007-95, de relatoria do Conselheiro Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (julgamento em 8/8/2008), cuja ementa segue transcrita:

> PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AVOCAÇÃO. PROCURADOR DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO AMAZONAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. FALTAS FUNCIONAIS. CARACTERIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DEVER FUNCIONAL. DESVIO E APROPRIAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO . RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO DISCIPLINAR. DISPONIBILIDADE. PROCEDÊNCIA.
>
> [...]
>
> A disponibilidade, como sanção disciplinar, está prevista no art. 131, V, da Lei Complementar Estadual nº 011/93 e, também, no art. 130-A, § 2º, III, da Constituição da República. Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos da emenda constitucional nº 45/2004, aplicar tal penalidade nos processos disciplinares por si julgados, o que implica derrogação do disposto no art. 136, caput, da Lei Complementar Estadual nº 11/93, que condicionava a aplicabilidade da pena de disponibilidade a decisão judicial.
>
> [...]

Nesse mesmo julgado, o Conselheiro entendeu cabível a aplicação da sanção de disponibilidade compulsória diante dos seguintes fatos apurados:

> [...] A prova produzida, diversamente do que considerou a Comissão Processante, evidencia sensível comprometimento à dignidade da Instituição e grave descumprimento do dever funcional no que tange à retidão nas esferas públicas e privada, à conduta ilibada, ao zelo pela dignidade do cargo e ao respeito aos membros do Ministério Público. Praticar atos tendentes à execução de um colega fere gravemente tais deveres funcionais [...].

Já nos autos nº 0.00.000.000940/2007-83 (processo disciplinar), entendeu adequada a medida diante da seguinte hipótese:

> [...] De fato, em relação a tais faltas funcionais, seu reflexo patrimonial para o Ministério Público do Amazonas, o prejuízo à Instituição decorrente da má aplicação de recursos públicos, o impacto negativo na imagem da

> Instituição e o déficit de credibilidade daí decorrente justificam a adoção de medida disciplinar de disponibilidade [...].

A principal consequência da medida, seja ela aplicada como sanção administrativa ou como medida administrativa de interesse público, é o afastamento do membro com a percepção de vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. Nada impede, porém, que Lei Orgânica de determinado estado disponha de forma diversa ou estabeleça alguma outra consequência, em atenção à autonomia de que dispõe, já que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não deliberou especificamente sobre esse tema.

Como o membro ainda mantém vínculo contratual com o Estado, as vedações constitucionais mantêm-se hígidas, principalmente a vedação de não exercer nenhuma outra atividade enquanto permanecer em disponibilidade.

Apesar da diversidade da natureza da disponibilidade e do afastamento cautelar, quando aquela decorrer de aplicação de penalidade administrativa ou de interesse público, e como o membro fica afastado do exercício das suas funções, considera-se que ele, assim como no afastamento cautelar, fica impedido de utilizar o seu local de trabalho, usufruir de carro ou celular funcional, além de outras prerrogativas que forem inerentes ao exercício da função desempenhada, que no caso não está sendo exercida em virtude da aplicação da disponibilidade compulsória.

Questão tormentosa e que carece de uma regulamentação mais clara é quanto ao prazo máximo em que o membro pode ou deve ficar em disponibilidade, nas hipóteses em que a medida é aplicada como pena disciplinar ou por medida de interesse público.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 68 e parágrafos, conceitua o aproveitamento como sendo o retorno do membro em disponibilidade ao exercício funcional, não dispondo, contudo, acerca do prazo em que esse retorno deve ocorrer. A Constituição Federal também, em seu art. 41, § 3º, quando se refere aos servidores públicos em geral, nas hipóteses de extinção do cargo ou declarada a sua desnecessidade, prevê expressamente o aproveitamento do servidor colocado em disponibilidade.

Nos casos em que a medida é aplicada em razão de extinção do órgão de execução, da Comarca ou mudança da sede da Promotoria de Justiça, ou seja, naquelas hipóteses em que o membro não contribuiu com sua conduta para a efetivação da medida, não há a menor dúvida de que ele deve ser aproveitado no menor prazo possível, pois a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dispõe de forma expressa sobre isso, afirmando que o membro deve ser aproveitado e de preferência no órgão de execução que ocupava quando posto em disponibilidade. Ademais, não convém ao interesse público que o membro permaneça indefinidamente sem exercer as suas funções e ganhando seus subsídios de forma integral, pois, do contrário, ocorreriam indeléveis violações a princípios constitucionais basilares aplicáveis à Administração Pública em geral.

Ora, nesses casos, é essencial que a Administração adote medidas para o aproveitamento do membro, no tempo mais breve possível, pois não existe moralidade no fato de a sociedade pagar altos salários sem a devida contraprestação de serviços. Mas essas medidas não devem ficar a cargo especificamente da Administração, cabendo ao próprio membro do Ministério Público o dever de fazer cessar o seu afastamento e buscar o seu retorno às atividades ministeriais, em prestígio, ainda, à garantia da continuidade do serviço público.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público já aplicou penalidade a membro do Ministério Público que não adotou nenhuma medida visando retornar ao exercício das suas atividades, no caso de disponibilidade não punitiva, deixando de se inscrever em remoção ou recusando designações. O julgado ocorreu no bojo do Processo Administrativo Disciplinar nº 0.00.000.00051/2011-01, de Relatoria da Conselheira Cláudia Chagas, em 15 de maio de 2012, conforme ementa a seguir:

> PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ. DISPONIBILIDADE. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 82, VI, E 150, VII, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 12/93. APLICAÇÃO DA PENA DE CENSURA. PRESCRIÇÃO.
>
> [...]
>
> 3. A disponibilidade tem caráter precário e, embora não tenha prazo fixado em lei, não pode admitir a percepção de vencimentos sem contraprestação do trabalho de forma infinita.
>
> 4. O segundo acusado, após extinção da Promotoria Substituta da Auditoria Militar, deixou de se inscrever em diversos concursos de remoção e recusou designação para responder por Promotoria Criminal com atribuições semelhantes, sem declinar motivo razoável. Recolheu-se em silêncio, com aparente descaso ou indiferença por seus deveres funcionais, em inequívoco descrédito à instituição.
>
> 5. Violação dos princípios da moralidade e eficiência da Administração Pública (art. 37, *"caput,* da Constituição Federal). Descumprimento do dever legal de desempenhar com zelo e presteza as funções.
>
> 6. Aplicação da pena de censura, nos termos dos arts. 82, VI, e 150, VII, c/c art. 154, da Lei Complementar nº 12/93.
>
> 7. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Improcedência.

Agora, quando a disponibilidade é aplicada por motivo de interesse público ou como sanção disciplinar, é preciso considerar que fatos de elevada gravidade foram praticados pelo membro, tanto que se conclui pelo seu afastamento do exercício das funções por prazo indeterminado, sendo que o seu aproveitamento somente deverá ocorrer se a situação que ensejou a aplicação da medida não mais existir. Pode ocorrer também que fatos que não estejam diretamente relacionados com aqueles que ensejaram a medida, como questões de ordem objetiva (ausência de

vaga) ou de ordem moral, não indiquem a adequação da medida de aproveitamento do membro.

Todavia, a medida não deve se perpetuar de forma indefinida, ainda que não seja possível reverter à situação anterior ou mesmo que os fatos que ensejaram a sua aplicação apresentem gravidade, pois, se os fatos levassem o membro a ficar afastado indefinidamente das funções, a demissão seria a medida mais adequada ao caso e não a disponibilidade.

É importante deixar claro que o vínculo contratual com o Estado permanece hígido e o afastamento indefinido do membro ministerial violaria não só os princípios da moralidade e eficiência do serviço público, mas também geraria nefasto enriquecimento ilícito do agente político, que permaneceria recebendo seus subsídios, ainda que proporcionais, sem a devida contraprestação pelos serviços prestados.

A própria Constituição Federal veda, no art. 5º, XLVII, b, a imposição de penas em caráter perpétuo, o que reforça, uma vez mais, a completa inaceitabilidade de permanecer o membro indefinidamente em disponibilidade.

E aqui, os argumentos aplicam-se perfeitamente à disponibilidade adotada como medida administrativa por interesse público, pois, apesar não ser considerada sanção disciplinar, seus efeitos são praticamente os mesmos desta.

Em relação aos magistrados, o art. 57, § 1º, da Loman prevê expressamente que, se aplicada a pena de disponibilidade, o magistrado pode pleitear o seu aproveitamento após o decurso de 2 (dois) anos de afastamento. Veja que existe previsão de um prazo mínimo em que ele permanecerá afastado, mas não estabelece um prazo máximo, findo o qual ele deve retornar.

A análise da adequabilidade e do momento em que o membro deve ser aproveitado fica ao critério da discricionariedade e conveniência do órgão que aplicou a penalidade. Assim, se a medida ou penalidade foi aplicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a ele compete fazer essa análise. Esse entendimento foi proferido, *mutatis mutandis*, em caso similar envolvendo magistrado, nos autos do MS 32271 – STF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, julgado em 16/12/14, cuja ementa transcrevo a seguir:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO DISCIPLINAR CONTRA MAGISTRADO. PENA DE DISPONIBILIDADE COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. DECURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS (ART. 57, § 1º, DA LOMAN). PEDIDO DE APROVEITAMENTO. INDEFERIMENTO MOTIVADO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA O MAGISTRADO. NECESSIDADE DE AGUARDAR POR PRAZO INDETERMINADO: DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA.

Todavia, essa discricionariedade não é ilimitada, devendo seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade. No julgamento daquele Mandado de Segurança, a

relatora entendeu que o fato de ter sido ajuizada ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos contra o magistrado não seria motivo impeditivo a que o impetrante fosse aproveitado, cessando, assim, sua disponibilidade.

Situação diversa é a daquele membro que, em regular processo disciplinar, sofre pena de demissão, com determinação para o ajuizamento da ação de perda de cargo. Nesse caso, é salutar que a penalidade de demissão seja cumulada com a disponibilidade compulsória, como medida administrativa, enquanto durar o processamento da ação, pois o interesse público recomenda o afastamento indeterminado do exercício das funções ao membro que teve a maior das penalidades administrativas aplicadas, até porque a instituição já se movimentou no sentido de declarar a perda do cargo, por fatos certamente de elevada gravidade.

Revela-se que o simples afastamento cautelar, que não se confunde com a disponibilidade, enquanto tramita por longos anos a ação de perda de cargo, com manutenção de salário integral, é medida que atenta contra a moralidade administrativa e deve ser evitada.

Não há que se falar, por fim, em violação ao princípio da presunção de inocência, pois o órgão correicional já se posicionou acerca dos fatos e da culpabilidade do membro, mediante exaustivo processo administrativo disciplinar, sob a égide dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

7. DA MEDIDA DISCIPLINAR DE APOSENTADORIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS

Quanto à aposentadoria compulsória com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, o art. 130-A, § 2 ° da Constituição Federal, autoriza a sua aplicabilidade de forma autônoma pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

A aposentadoria compulsória é medida mais grave que a disponibilidade compulsória. Enquanto esta apenas afasta o membro do exercício de suas funções por prazo indeterminado, aquela extingue o vínculo contratual do membro com o Estado, fazendo cessar, assim, o exercício das suas funções de forma definitiva.

Não obstante, entende-se que, ao invés de punição, essa penalidade seria um prêmio para o membro que viola gravemente os deveres institucionais ou que, até mesmo, pratica crimes incompatíveis com o exercício do cargo.

Aplicada com regularidade no âmbito da magistratura, a pena de aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço vem prevista no art. 42 da Lei Complementar n° 35, de 14 de março de 1979 (Loman), mas essa mesma lei não especifica em quais situações ou hipóteses ela deve ser aplicada, o que acaba ocasionando certos abusos, pois ela é aplicada em hipóteses em que o fato praticado claramente se amolda às hipóteses de perda do cargo.

Já em relação ao Ministério Público, à exceção do Ministério Público da Paraíba (art. 189, inciso V) nenhuma outra Lei Orgânica Estadual ou a Lei Orgânica do MPU preveem a penalidade de aposentadoria com proventos proporcionais.

Dessa forma, apesar da Constituição Federal ter previsto essa modalidade de penalidade administrativa, não há, com exceção da Lei Orgânica do Ministério Público da Paraíba, em nenhuma outra Lei Orgânica a previsão das condutas que ensejariam a aplicação da penalidade de aposentadoria compulsória, o que permitiria a aplicação dessa penalidade em substituição à pena de perda de cargo, quando claramente os fatos se enquadrassem nessa última hipótese.

Já quando o fato for praticado por membro do Ministério Público da Paraíba, a Lei Orgânica claramente limita as hipóteses de sua aplicação. No caso, o art. 195 prevê a sua aplicabilidade nos casos de cometimento de falta punida com demissão ao membro não vitalício, conforme as hipóteses antevistas no art. 194.

Assim, em face dessa ausência de integração entre a previsão da penalidade constante de norma constitucional e da ausência de previsão nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos das condutas que ensejariam a aplicação dessa penalidade, é que o Conselho Nacional do Ministério Público quase não aplica essa penalidade administrativa. Aliado a isso, existe, ainda, no meio jurídico e social, a ideia de que a penalidade de aposentadoria compulsória estaria mais para prêmio do que pena, o que certamente levou o Colegiado a evitar a sua aplicação.

Desde sua criação, nesses quase 12 anos de existência, o Conselho Nacional do Ministério Público aplicou essa penalidade em apenas duas situações.

No Congresso Nacional tramita a PEC 53/2011, que prevê expressamente o fim da penalidade de aposentadoria com proventos proporcionais aos membros do Poder Judiciário e aos membros do Ministério Público.

8. CONCLUSÃO

O CNMP tem demonstrando, ao longo da sua existência e na fiscalização da atividade disciplinar, que os deveres funcionais de seus membros elencados na CF e nas Leis Orgânicas Estaduais e da União não são meros escritos gráficos inaplicáveis pelo desuso, mas sim que esses deveres têm se tornado realidade, comprovados no dia a dia da atividade correicional desenvolvida pela Corregedoria Nacional.

Ao longo dos últimos dois anos, e fruto de um trabalho que se iniciou nas gestões anteriores, a Corregedoria Nacional mais que quadruplicou a punição aos membros do Ministério Público.

Segundo reportagem da *Revista Consultor Jurídico*, que se valeu do Relatório de atividades do CNMP do ano de 2016, o número de sanções disciplinares determinadas pelo Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público teve um avanço de 333%.

Esses números, contudo, não indicam que as infrações disciplinares no Ministério Público aumentaram, mas sim, que uma quantidade de condutas que antes não chegava ao conhecimento dos órgãos de controle, por diversas razões, passou a receber especial atenção.

E o trabalho deve continuar nessa mesma trilha, pois o membro do Ministério Público recebe os seus subsídios para agir com denodo e altivez no cumprimento dos seus deveres funcionais e, quando os viola, acaba por trair a confiança que a sociedade nele depositou.

O membro do MP, como fiscal da ordem jurídica, sendo aquele que exige dos outros conduta proba, deve se portar, na sua atividade funcional, com muito mais rigor moral. Quando a sociedade, violada em seus direitos, procura o Ministério Público para defendê-la, espera encontrar ali alguém que esteja disponível a ouvir, que tenha capacidade técnica para agir e que possua ilibada conduta moral para poder defender o interesse público sem se influenciar pelos seus valores ou por pressões externas.

Conforme ensinamentos de Ruy Sodré: "[...] de todas as virtudes que devem concorrer para o fiel desempenho da missão do promotor, nenhuma sobreleva a probidade".

Assim, o membro que não cumpre a contento seus deveres funcionais, está sujeito ao controle funcional tanto de sua Corregedoria local quanto do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Corregedoria Nacional, sendo que a cada ano mais fatos são apurados, mais punições são aplicadas e mais recomendações com caráter orientador são expedidas.

Houve, também, um importante incremento na aplicação das penalidades de remoção e disponibilidade, além da cumulação dessas medidas administrativamente, aplicadas por interesse público com outras penalidades administrativas.

Essas medidas têm se mostrado importantes instrumentos de proteção ao interesse social e encontram balizamento nas Leis Orgânicas Estaduais e da União, seja por meio de condutas expressamente definidas nelas, seja pela própria interpretação dos fatos a partir do conceito de interesse público e de sua aplicabilidade em casos concretos a partir de julgamentos realizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

O desafio no momento é agilizar as ações civis públicas de perda de cargo que tramitam perante o Poder Judiciário. Estudos apontam que a média de tempo de julgamento dessas ações é excessiva. Ora, de nada adianta uma criteriosa, densa e longa apuração administrativa, que conclui pela perda de cargo, se no momento de efetivar a medida, que depende de pronunciamento judicial, em face da garantia de vitaliciedade dos membros do Ministério Publico, essas ações se arrastam por longos e longos anos, sem uma resposta efetiva e necessária diante de fatos gravíssimos praticados pelo agente ministerial enquanto no exercício de suas funções.

A função disciplinar do CNMP é extremamente necessária não só para orientar a atividade desenvolvida pelos seus membros, mas também para punir com rigor aqueles que se afastam dos deveres impostos ao exercício do cargo, relegando, a um segundo plano, os valores que impulsionaram a instituição a exercer uma das mais nobres funções dentro de um Estado Democrático de Direito, que é a de dar voz aos interesses mais caros da sociedade.

9. REFERÊNCIAS

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. À luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DEZAN, Sandro Lucio. *Fundamentos de Direito Administrativo Disciplinar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. Organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MPD DIALÓGICO: *Revista do Ministério Público Democrático*. Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do MP. Ano VIII, n. 37.

A ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

[Prosecution Office's Internal Affairs: audit actions as avaluation of public policies]

Antonio Henrique Graciano Suxberger[1]

Resumo: O artigo apresenta a atuação fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público como instrumento de avaliação de políticas públicas. Menciona a necessidade de agregar à feição correcional das Corregedorias o importante papel de produção de dados próprios da avaliação da atuação do Ministério Público. Indica como característica da atuação correcional o fato de ela sempre se pautar em práticas devidamente institucionalizadas e formalizadas, para assegurar a exigibilidade de boas práticas em face dos membros do Ministério Público. Apresenta debate sobre os limites da independência funcional em relação ao indispensável caráter de discricionariedade que orienta a atuação do Ministério Público. Coteja a fiscalização com os tipos de avaliação da ação estatal para concluir pela indispensabilidade das avaliações realizadas pelas Corregedorias para a boa governança do Ministério Público. O artigo se vale da análise de conteúdo, máxime a revisão bibliográfica sobre arranjos institucionais e avaliação de políticas públicas.

Palavras-chave: Arranjos institucionais. Atuação fiscalizatória. Corregedorias do Ministério Público. Avaliação de políticas públicas.

Abstract: The article presents the audit actions promoted by the Prosecution's Office internal affairs as an evaluation asset of public policies. It affirms the need of consideration on the correctional role provided by the internal affairs as an important source of data, which can be useful to evaluate public policies regarding the Prosecution's Office. The audit actions are characterized by its previous and detailed protocolary norms, to establish and enable the claim for good practices towards the attorneys from the Prosecution's Office. It assays the debate on the limits of independency concerning the requisite discretion in the attorneys' procedure from the Prosecution's Office. The essay also analyses the multiple sorts of evaluation of public policies in order to conclude that audit actions are absolutely necessary to a good and consistent governance of the Prosecution's Office. Methodologically, the article uses content analysis, particularly a bibliography review on institutional arrangement and public policies evaluation applied to the context of the Prosecution's Office.

1 Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha), mestre em Direito pela Univerisdade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Promotor de Justiça no Distrito Federal. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>. E-mail: suxberger@gmail.com

Keywords: Institutional arrangements. Audit actions. Public Prosecution Office's Internal affairs. Public policies evaluation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da atuação fiscalizatória à avaliação dos serviços. 3. Corregedorias e a exigência de institucionalização de boas práticas. 4. Fiscalização e independência. 5. Tipos de avaliação. 6. A atuação fiscalizatória e o valor da igualdade na burocracia estatal. 7. Conclusão. 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

Na modelagem institucional do Ministério Público como um todo, que função exerce o poder fiscalizatório das Corregedorias? Usualmente considerada apenas sob o viés punitivo, a ação fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público é marcada pela consolidação de ações fortemente institucionalizadas, isto é, a ação fiscalizatória para exigir do membro do Ministério Público uma atuação dirigida a este ou aquele sentido, lastreia-se no estrito controle, normatização e formalização dessas exigências.

Se a ação fiscalizatória das Corregedorias é pautada por uma profunda institucionalização, é possível dela colher a avaliação sobre o modo pelo qual o Ministério Público se desincumbe das suas atribuições? São essas as inquietações que movem a elaboração do presente artigo. Para tanto, o objeto do presente estudo buscará incursão na literatura especializada de políticas públicas. Estas abrangem os planos, programas e ações das organizações (ou instituições) estatais e materializam a convergência entre o funcionamento dos órgãos de Estado e a formação de seus respectivos arranjos institucionais.[2] A resposta às inquietações ensejadoras do presente estudo são encontráveis não na dogmática jurídica, concebida como o estudo "puro" da ciência e situada no debate epistemológico das funções do Direito, mas na chamada tecnologia jurídica, entendida como visualização dos arranjos, dos sujeitos, dos instrumentos próprios de realização do direito.[3] A preocupação, pois, do enfoque próprio dos arranjos institucionais refere-se ao modo pelo qual se dá a convergência entre o funcionamento do Estado e a formação dos seus respectivos arranjos institucionais. A essa preocupação se refere a chamada "política jurídica", ocupada da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do direito. O estudo das políticas públicas, nessa toada, nada mais é que uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.[4]

Para tanto, o artigo se debruçará sobre a convergência entre a ação fiscalizatória e o que se entende como avaliação das políticas públicas, estas aqui consideradas como gênero da manifestação específica da atuação do Ministério

2 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos. In: *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Tomo II. Arthur Trindade Maranhão Costa, Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski (Org.). Brasília: ESMPU, 2016, p. 227.

3 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, p. 235-276,1982.

4 COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

Público no exercício de seu mister constitucional. Na sequência, o trabalho se ocupará da característica de estrita institucionalização e formalização de práticas que marca a atuação das Corregedorias. Isso porque se verá que, para exigir este ou aquele modo de atuação, as Corregedorias previamente formalizam esses procedimentos e meios de atuação institucional. Seguidamente, ver-se-á a complexa relação entre a independência funcional que marca a atuação do Ministério Público e a característica indissociável de discricionariedade na atuação de seus membros.

Se a atuação do Ministério Público é marcada pela discricionariedade, faz sentido, então, perquirir sobre os consectários desse processo decisório. A atuação do Ministério Público se submete a controles e, se a resposta mostra-se afirmativa, é possível visualizar na ação fiscalizatória das Corregedorias mínima contribuição para a compreensão desse processo decisório? A pretexto de conclusão, a investigação volta-se ao perfil desejado de membro do Ministério Público em face de sua relação com a atuação fiscalizatória das Corregedorias. Numa modelagem própria de transparência e de controle dos atos decisórios, não parece fazer sentido creditar a atuação bem-sucedida do membro do Ministério Público apenas ao receio de responsabilização promovida pelas Corregedorias.

Nem de longe é pretensão do artigo esgotar a temática da relação entre a ação fiscalizatória e sua visualização na tipologia dos diversos tipos de avaliação de políticas públicas. No entanto, pretende-se ao final demonstrar que a ação fiscalizatória das Corregedorias substancia importante instrumento de avaliação da atuação ministerial e, por que não, lastro para o processo decisório de aprimoramento da modelagem institucional do Ministério Público brasileiro.

2. DA ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA À AVALIAÇÃO DOS SERVIÇOS

O Ministério Público brasileiro amolda-se ao desenho institucional das funções da República numa dimensão fiscalizatória do Poder Público. Na modelagem institucional instituída pela Constituição de 1988, o Ministério Público reuniu numa só instituição o exercício de atribuições que, em outros ordenamentos, encontram-se pulverizados em outros órgãos. O Ministério Público brasileiro, de uma só vez, titulariza o exercício da ação penal pública em juízo, garante o respeito pelos Poderes da República e pelos serviços públicos em geral e aos direitos do particular e realiza, de modo geral, atribuições vinculadas à fiscalização e à promoção da ordem jurídica em face tanto do Poder Público quanto da atuação do particular.

Compreender a atuação do Ministério Público é tarefa que vai muito além do desenho normativo a ele atribuído. Isso porque as práticas sociais, nelas compreendidas também as que realiza o Ministério Público, apenas são práticas quando vinculadas a um contexto que as justifica, as cria e as torna visíveis. Em outras palavras, mencionar atuação de Ministério Público não se resume a mencionar "o que é" o Ministério Público, mas sim dizer "para quê" ou o "porquê" de um Ministério

Público hoje. Essas últimas perguntas, por evidente, não apenas orientam, mas substanciam o conteúdo da primeira pergunta.[5]

O Ministério Público brasileiro, por conta de sua posição constitucional, das prerrogativas a ele asseguradas normativamente, constitui formalmente uma instituição de garantia ao compromisso de promoção e implementação dos direitos humanos.[6] Nessa medida, repita-se, há de se discutir e visualizar os meios e as razões pelas quais se permitirão concretizar e fomentar práticas que assegurem a efetividade dessa previsão constitucional de garantia. Consolidado normativamente e devidamente institucionalizado como garantia institucional do Estado brasileiro e da missão de assegurar os direitos humanos, o Ministério Público concretiza-se como instituição vocacionada a colocar em marcha o ideal democrático e, por isso, deve observar um conteúdo democrático da prática política internamente. A apreciação de sua estrutura normativa e administrativa, pois, deve ensejar a presença de um viés democrático.[7]

A afirmação do viés democrático que deve nortear a organização interna do Ministério Público mostra-se relevante quando se cuida da atuação correicional da instituição. Não faz sentido indicar a presença de uma instituição dotada de princípios normativos e de prerrogativas constitucionais para respaldo de sua atuação livre e responsável sem que haja, em contrapartida, a dotação de meios que assegurem a responsabilização daqueles que eventualmente não nortearem sua atuação por aquilo que impõe a Constituição e as leis. É nessa medida que a atuação correicional surge como medida de incremento democrático. Afinal, a atuação responsável, porque derivada do espaço decisório assegurado ao agente político, deve necessariamente ser secundada pelos instrumentos de transparência desse processo decisório, isto é, conhecimento dos padrões que orientam esse processo decisório, e pelos meios de responsabilização para os casos inevitáveis de desvio.

Nisso reside a importância da atuação correicional para a fiscalização dos serviços ofertados pelo Ministério Público e para a melhor efetivação desses serviços. A atuação fiscalizatória das Corregedorias dirige-se, é certo, à responsabilização por desvios. Porém, igualmente se presta à avaliação dos serviços realizados pelo Ministério Público. O ato de avaliar relaciona-se ao processo de escolha, de opção, e nesse sentido afeta as relações nos mais diversos níveis de convivência social e institucional. A avaliação ultrapassa, pois, o nível da informalidade individual. A sua compreensão pode tomar de empréstimo a purgação ou a catarse como metáfora. Isso porque o ponto alto da avaliação da modelagem de uma política pública pode decorrer justamente da constatação do fracasso ou da frustração da ação individualizada (desvio). De uma conduta que reclama atuação fiscalizatória pode surgir justamente a possibilidade de aprimoramento e melhoria dos procedimentos dirigidos à formulação, à implementação e ao funcionamento das práticas do Ministério

5 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e Política Criminal*: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2010, p. 171.

6 Ibid., p. 174. No mesmo sentido, Zaneti Júnior, H. CPC/2015: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público, v. II. Brasília: CNMP, 2017, p. 101-166.

7 Ibid., p. 178.

Público, que são políticas públicas num sentido particularizado. Toda atuação fiscalizatória redunda numa apreciação de avaliação de política pública e, nesse sentido, pode lastrear uma medida ou proposta de aprimoramento institucional.

Assim, embora a atuação fiscalizatória, num primeiro momento, pareça distante do debate a respeito dos princípios que norteiam a atuação institucional do Ministério Público, é a contribuição da atuação fiscalizatória para a avaliação dos serviços do Ministério Público que assegura às Corregedorias papel relevante e atual na discussão da modelagem normativa do Ministério Público.

3. CORREGEDORIAS E A EXIGÊNCIA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS

A Corregedoria é "órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público", conforme a dicção do art. 17 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.1[8] O Estatuto do Ministério Público da União (MPU), quando menciona as Corregedorias dos ramos do MPU, igualmente atribui a elas a característica de "órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público" (arts. 63, 104, 137 e 172).[9] A ausência de menção à função "orientadora" não afasta a identidade no desenho normativo das Corregedorias do MPU e dos Ministérios Públicos dos estados. Ao contrário, a atuação orientadora insere-se no próprio exercício da atividade fiscalizatória, que obviamente não se resume à apuração de responsabilidades. Dirige-se mesmo ao aprimoramento da atuação funcional dos membros da Instituição.

Essa vinculação indissociável entre a atividade fiscalizatória e a construção de parâmetros de avaliação dos serviços públicos (e seu consequente lastro para discussão de aprimoramentos) é positivada como preceito normativo na previsão do Conselho Nacional do Ministério Público no texto da Constituição brasileira. A Emenda Constitucional nº 45, nominada como "Reforma do Poder Judiciário", estabelece o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de "controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros".[10]

A tarefa fiscalizatória e de promoção de responsabilidades dá-se segundo normas estritas de imputação e de fixação dos deveres dos membros do Ministério Público. Isso dá às Corregedorias o mais apurado nível de institucionalização de suas práticas. Explica-se: a institucionalidade, formalização dos arranjos por meio dos quais atuam os elementos que compõem a atuação do Estado (e do

8 BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

9 BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

10 BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Ministério Público, para os fins do presente estudo), substancia a dimensão objetiva, despersonalizada, da atuação correicional. Por isso, define, ao mesmo tempo, os papéis de cada um dos envolvidos na ação de Estado, constitui posições subjetivas jurídicas, isto é, direitos e deveres, estabilizados por força de normas e estruturas jurídicas. A atuação correicional não fiscaliza nem responsabiliza quem quer que seja por antipatias, simpatias ou perseguições. Aliás, esse é o ethos fiscalizatório das Corregedorias: seu nível de atuação absolutamente e estritamente comprometido a partir da institucionalidade de suas ações.

Se, de um lado, a institucionalidade da atuação correicional substancia dimensão objetiva, de outro lado, essa institucionalidade também traduz o paradoxo entre mudança e permanência, tão característico das ações de Estado e da modelagem das políticas públicas da ação governamental. A modelagem da política pública situa-se na simultaneidade entre a pretensão de permanência, formalização e disseminação de boas práticas e as necessidades de transformação dirigidas ao aprimoramento institucional.

Nessa dimensão reside a complexidade da atuação fiscalizatória das Corregedorias: a base de permanência de todas as suas atuações — afinal, a fiscalização e responsabilização de membros do Ministério Público dá-se consoante exigência e fixação de deveres prévia e formalmente estabelecidos — é ladeada por importantes elementos para avaliação (e aprimoramento) dos serviços do Ministério Público.

4. FISCALIZAÇÃO E INDEPENDÊNCIA

O desafio que se põe à atividade fiscalizatória das Corregedorias muitas vezes não se refere às condutas clara e facilmente identificadas como desvio, abuso ou simplesmente contrariedade ao texto legal. O problema de maior dificuldade encontra-se naquelas situações em que eventual conduta apurada possa, por um lado, substanciar afronta ao que se espera do membro do Ministério Público e, de outro lado, parecer açambarcada por uma enviesada compreensão do postulado da independência funcional.

A independência funcional, que é princípio institucional do Ministério Público de envergadura constitucional, descrito no § 1º do art. 127 da Constituição da República, significa que os membros do Ministério Público no exercício de suas funções atuam de modo independente, isto é, sem nenhum vínculo de subordinação hierárquica, inclusive em relação à chefia da Instituição. Guiam sua conduta somente pela lei e suas convicções.[11] Desse modo, somente no plano administrativo é que se reconhece a subordinação hierárquica dos membros do Ministério Público à chefia ou a órgãos de direção superior da Instituição. No plano funcional, os atos do Ministério Público estão sujeitos à apreciação judicial nos casos de abusos de poder que possam lesar direitos ou à revisão, quando cabível, pelos órgãos legalmente com atribuição para fazê-lo no âmbito do próprio Ministério Público.

11 PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 184.

A afirmação da independência funcional do Ministério Público resguarda o espaço juridicamente reconhecido de discricionariedade de sua atuação. É dizer: a garantia da independência, se efetivamente cumprida resguarda a atuação do membro do Ministério Público livre de indesejáveis ingerências externas, guarda sentido jurídico na medida em que é antecedida pelo reconhecimento de que, na sua atuação, o membro do Ministério Público exercita um processo decisório a respeito do *modo* pelo qual suas atribuições são exercidas e como as finalidades dessas atribuições devam ser alcançadas.

Quando se considera que a carreira do Ministério Público divide-se em cargos cuja delimitação de atribuições deriva da modelagem de competência dos ofícios titularizados pelos membros do Ministério Público, nota-se a dificuldade de conciliar uma atuação própria de unidade funcional com a garantia assegurada aos membros do Ministério Público de atuarem de acordo com suas convicções. Essa descentralização do modo pelo qual o Ministério Público exercita suas atribuições é, do ponto de vista da modelagem normativa de seus arranjos institucionais, o maior desafio de aprimoramento de sua atuação.

A descentralização, como opção de desenho institucional no exercício de competências, necessariamente exige níveis mais elevados de governança e fiscalização do espaço de discricionariedade exercitado por seus agentes. A governança é aqui utilizada no sentido prestigiado pelo Banco Mundial, em 1992, que a traduziu como "o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo".[12] É a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos do país visando ao desenvolvimento, implicando a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções. A menção à expressão "governo", no que importa ao presente estudo, descola-se da usual vinculação à atuação do Poder Executivo para referir-se a toda e qualquer ação estatal (nela incluída a atividade de Ministério Público, portanto).

A boa governança é requisito, pois, para um desenvolvimento sustentado, cuja compreensão incorpora noções de aprimoramento institucional, equidade social e proteção dos direitos humanos. A questão dos procedimentos e práticas governamentais na consecução de suas metas adquire relevância, incluindo aspectos como o formato institucional do processo decisório, a articulação público-privada na formulação de políticas ou ainda a abertura maior ou menor para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder.[13]

Assim, exsurge como inafastável a conclusão de que onde há discricionariedade deve necessariamente haver controle. Dada a relevância fundamental das atribuições do Ministério Público para a concretização do próprio ideal de Estado Democrático de Direito, a conclusão atrai ainda mais relevância à atuação fiscalizatória e avaliativa das Corregedorias. A descentralização das funções do Ministério Público a cada um de seus membros, distribuídos em seus respectivos ofícios de titularidade

12 DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *DADOS – Revista de Ciências Sociais,* Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, p. 400, 1995.

13 Loc. cit.

(promotorias, procuradorias etc.), substancia o elemento básico de imposição de níveis mais elevados de governança, a reclamar níveis de controle mais sofisticados dessa atuação, em especial da transparência na construção do processo decisório.

A literatura específica sobre programas de descentralização menciona a necessidade de uma discussão normativa que suceda ao processo de descentralização de competências. No entanto, são poucos os trabalhos que se ocupam da vinculação existente entre a descentralização de competências (ou atribuições) e reformas mais profundas sobre a transparência do processo decisório e o controle desse mesmo processo. A constatação sobre a pouca literatura sobre tão relevante tema[14] conduz à necessidade de que a atuação fiscalizatória das Corregedorias, como instrumento de avaliação dos serviços do Ministério Público, seja considerada como possível instrumento de atenuação ou superação dessa lacuna. Afinal, a garantia da independência funcional decerto não deve ser azo a uma atuação que não corresponda a reclamos de segurança jurídica. O cidadão tem direito ao acesso igualitário e ao gozo da segurança jurídica de saber que suas ações serão valoradas e acaso consideradas merecedoras da atuação do Ministério Público, em conformidade com critérios preestabelecidos e uniformes utilizados por todos os órgãos do Estado. Em outras palavras, não é possível deixar o destinatário da atuação do Ministério Público, a coletividade, refém de (boas ou más) subjetividades dos membros da instituição.

A discricionariedade, já preceituava Hart em ensaio elaborado em 1956, não é apenas o poder de escolher, entendida a escolha como uma opção sujeita ao capricho e ao desejo frívolo. Trata-se de uma decisão assentada nos quadrantes da legalidade, que pode ser justificada por critérios racionais. Tal decisão também não resulta de um mero atendimento a regras previamente estabelecidas, mas de uma escolha efetiva, o que comporta alguma variedade de possibilidades, desde que sujeitas à motivação.[15]

Schapiro destaca que as ações discricionárias podem ser visualizadas em dois pontos extremos: as ações vinculadas e as ações arbitrárias. As vinculadas são aquelas em que um comando normativo realizou previamente as escolhas. O agente público, nesse caso, apenas realiza juízo de subsunção, ou seja, um julgamento de pertinência do fato concreto à regra estipulada. As ações arbitrárias, por sua vez, decorrem da vontade privada, das idiossincrasias pessoais, mas não se pretendem justificáveis nem constitutivas da busca da solução mais acertada para o caso. "No Estado de Direito, o direito público admite para os administradores públicos soluções vinculadas e discricionárias, mas não autoriza as decisões arbitrárias".[16]

14 YILMAZ, Sedar; BERIS, Yakup; SERRANO-BERTHET, Rodrigo. *Local Government Discretion and Accountability:* a diagnostic framework for local governance. Washington: The World Bank, July 2008, p. 1. (Local Governance & Accountability Series, Paper n. 113).

15 HART, H. L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, p. 656-660, 2013.

16 SCHAPIRO, Mário G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 315, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200311&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201613>.

Independentemente da solução conclusiva sobre a incidência de punição, interessa ao presente estudo a contribuição avaliativa da atuação correicional para o aprimoramento dos arranjos institucionais que concretizam a atuação do Ministério Público. A atuação do membro do Ministério Público que desborde de ação vinculada para uma ação arbitrária pode guardar, ou não, fato ensejador de punição na seara disciplinar. No entanto, a verificação de uma ação arbitrária certamente deverá ensejar aprimoramento normativo e orientador na atuação fiscalizatória das Corregedorias para prevenir que ações arbitrárias se reproduzam nesse contexto de descentralização das ações típicas de Ministério Público.

Uma coisa é certa: sempre haverá alguma margem para decisão na atuação do membro do Ministério Público. A constituição de um regime discricionário pode derivar de dois critérios: a ignorância a respeito da completude dos fatos ou a indeterminação dos propósitos da atuação naquele caso específico.[17] Em ambas as situações, a imprecisão dos desdobramentos futuros impede um fechamento e recomenda a atribuição de uma margem de escolha para o titular dessa decisão. Nisso, aliás, reside o que se pode chamar de perene angústia na atuação do membro do Ministério Público. De um lado, ele não dispõe do pleno conhecimento dos fatos que demandam sua decisão simplesmente porque esses fatos não admitem prévia e exaustiva regulação anterior ao próprio ensejo da atuação do Ministério Público. De outro lado, as hipóteses de atuação do Ministério Público se referem a um universo de situações em que se mostra impossível estabelecer por meio de uma regra, inequívoca, os fins a serem alcançados com sua aplicação. Claro, os próprios fins da regra nem sempre são inequívocos.

Por isso, a conclusão pela existência de uma margem de escolha pelo agente do Ministério Público. Numa situação concreta, caberá a ele escolher a solução que pareça mais acertada. Se procurar apenas seguir a regra, não obterá respostas. Diante dos interesses conflitantes, a regra pode não ser capaz de antecipar fins incontroversos. Se, por sua vez, optar por uma decisão com base em suas preferências idiossincráticas, será arbitrário. A decisão esperada é a discricionária: uma escolha que pode ser justificada como adequada para a situação concreta e exercida nos quadrantes autorizados pela moldura legal, que circunscreve o espaço decisório da autoridade. Essa decisão, por sua vez, pode ser consubstanciada como um ato judicante (decisão de um caso administrativo), como um ato normativo (função regulatória) ou como um ato de gestão, um ato tipicamente administrativo.[18]

Essa compreensão, então, conduz à relevância para a compreensão dos tipos de avaliação realizados pela atuação correicional. Essas avaliações se dão de modo consciente, sistematizado, ou não. Certo é que elas ocorrem. Cuida-se, pois, de investigar se a instituição colhe proveito dessas avaliações no aprimoramento de seus arranjos institucionais ou se as toma apenas como minúcia da atuação correicional de cariz punitivo.

17 Hart, ibid., p. 661-663.

18 Schapiro, ibid., p. 317.

5. TIPOS DE AVALIAÇÃO

A atuação fiscalizatória das Corregedorias deve ser visualizada a partir do quadro mais amplo de avaliação das políticas públicas. O controle da atuação do Ministério Público assume um caráter fortemente republicano, dado que, estabelecida constitucionalmente a forma de acesso aos quadros do Ministério Público por meio do concurso público de provas e títulos, as hipóteses de controle democrático acabam se situando num patamar menos presente que aqueles próprios de um regime republicano. Aguillar situa os tipos de controle dos serviços públicos em *democrático* (opções políticas); *republicano* (efetividade e qualidade do governo, probidade) e *liberal* (direitos e garantias).[19] Os controles do tipo democrático dirigem-se aos seguintes atores: governo (autoridade eleita) e dirigentes públicos. Já os controles do tipo republicano referem-se aos atores que são dirigentes públicos (burocracia) e também ao governo (autoridade eleita). Os controles do tipo liberal referem-se aos direitos e garantias do cidadão e, portanto, mostram-se tuteláveis tanto pelo Judiciário quanto por órgãos administrativos (entre eles, o próprio Ministério Público em atuação extrajudicial de cariz resolutivo). As características das atribuições do Ministério Público o aproximam dos dirigentes públicos que realizam as funções do Estado a partir de uma modelagem burocrática do arranjo institucional respectivo.

Se a composição dos quadros do Ministério Público não se dá por meio de eleições (como ocorre com o governo de autoridade eleita) tampouco por meio de fiscalização mais próxima do Congresso Nacional (como ocorre com os dirigentes públicos e também com a autoridade eleita de governo), dentro da tipologia do controle *democrático* resta apenas aquele controle realizado pela esfera pública (Organizações não-governamentais, imprensa etc.) e o chamado controle social (realizado por meio de consultas públicas, conferências etc.). Efetivamente, são os meios de controle *republicano* que melhor tocam a atuação do Ministério Público, com destaque aos seguintes fóruns: comandos interexecutivos (comando e controle), com lastro na Constituição e nas leis em geral, e os comandos oriundos dos controles internos, Tribunal de Contas, Congresso Nacional, o próprio Ministério Público e o Judiciário. A atuação correicional situa-se como manifestação do comando interexecutivo e também do comando oriundo dos controles internos da instituição. Também o controle do tipo *liberal* atrai a preocupação correicional, na medida em que as Corregedorias igualmente atuam como tutela prévia e muitas vezes resolutiva na solução de desvios de atuação do membro do Ministério Público. As Corregedorias, pois, guardam razão de atuação que toma como marcos regulatórios não só o que preceituam a Constituição e as leis em geral, mas também o que se espera de eficácia, eficiência e efetividade dos serviços prestados pelo Ministério Público.

Assim, a preocupação da atuação correicional, quando exerce seu múnus fiscalizatório, dirige-se a diversos tipos de avaliação das políticas públicas ou, especificamente, ao arranjo institucional de realização da atribuição do Ministério Público, que é modo de exteriorização de política pública. A avaliação materializa

19 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

um exame sistemático e objetivo da ação institucional, finalizada ou em curso, que contemple o seu desempenho, implementação e resultados, com vistas à determinação de sua eficiência, efetividade, impacto, sustentabilidade e a relevância de seus objetivos. É certo que a avaliação não é atribuição exclusiva das Corregedorias. Mas, no exercício da atuação fiscalizatória, não há como dissociar a avaliação do que seja a fiscalização sobre a atuação do membro do Ministério Público. O propósito da avaliação, em regra, é guiar os tomadores de decisão, orientando-os quanto à continuidade, necessidade de correções ou mesmo suspensão de uma determinada política ou programa. No caso do Ministério Público, esse lastro aos tomadores de decisão dirige-se justamente aos órgãos setoriais incumbidos da revisão dos atos dos membros do Ministério Público e da orientação funcional dos órgãos de execução.

Anote-se que a atuação correcional substancia, nos termos apresentados no presente estudo, modo de avaliação de política pública. Mas essa atuação correcional não é apenas avaliação de política pública. Aliás, as avaliações não resumem todas as formas e mecanismos de *feedback* ou consulta sobre a ação estatal. Às avaliações somam-se os estudos científicos, as auditorias tradicionais, o monitoramento, a mensuração de desempenho.[20] A atuação correcional aproxima-se muitas vezes da atividade de monitoramento e das auditorias tradicionais, além de, em atuações próprias de avaliação de estágio probatório ou mesmo de aferição de merecimento, por exemplo, guardarem similitude com a mensuração de desempenho.[21]

Quanto ao agente que realiza a avaliação da política pública, ela pode ser interna, externa, mista ou participativa. A atuação correcional de cariz fiscalizatório, nesse ponto, mostra-se interna ou participativa. Fixada a compreensão do Conselho Nacional do Ministério Público como ente do Ministério Público, isto é, o Conselho Nacional é órgão nacional do Ministério Público, assim, mesmo a atividade correcional por ele realizada substancia ação avaliativa interna da atuação dos membros do Ministério Público. A depender da fiscalização que se dê com caráter de aferição (em casos como de promoção ou confirmação na carreira do membro em estágio probatório), essa avaliação pode assumir característica participativa.

Quanto à natureza da avaliação realizada pela atividade correcional, ela pode ser formativa ou somativa. Essa tipologia se refere à finalidade da avaliação, isto é, para que se avalia? Ambas as avaliações, formativa e somativa, têm como meta fazer o julgamento, estimar o mérito e valor de um programa. A avaliação formativa tem como função principal, como o próprio nome indica, dar forma, constituir, compor. Refere-se aos procedimentos empregados para implementar o programa e está relacionada com a decisão de modificar ou revisar (aprimorar o que está sendo implementado). É, pois, realizada com a intenção de gerar *feedback* para aqueles que estão envolvidos efetivamente com a implementação do programa ou, no caso

20 Para uma tipologia das demais formas de *feedback* e seu cotejo com as avaliações de políticas públicas, confira-se: ALA-HARJA, Marjukka; HELGASON, Sigurdur. Em direção às melhores práticas de avaliação. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 51, n. 4, p. 9, out./dez. 2000.

21 Para compreensão dos tipos de avaliação de políticas públicas: CAVALCANTI, Paula Arcoverde. *Análise de políticas públicas*: o estudo do Estado em ação. Salvador: EDUNEB, 2012.

específico do presente estudo, da atuação discricionária do membro do Ministério Público caracterizada pela discricionariedade estatal. A avaliação formativa, então, verifica se as atividades estão sendo desenvolvidas de acordo com o planejado, documenta como estão ocorrendo, aponta sucessos e fracassos, identifica áreas problemáticas e faz recomendações que possam tornar a atuação do Ministério Público mais eficiente. Já a avaliação somativa tem como objetivo julgar o mérito da atuação estatal e comprovar os seus resultados finais. Sua finalidade é a de promover informações para a decisão de continuar ou acabar com aquela atuação em curso. Busca determinar se os objetivos foram alcançados e deve ocorrer ao término do programa. O resultado dessa avaliação se converte no principal indicador da eficácia da ação estatal.

Dadas as limitações da atuação correcional, ela se mostra importante vetor de avaliação formativa. E, quanto ao aspecto somativo, pode ser importante fornecedor de elementos para decisões a serem tomadas por outras instâncias do Ministério Público (como os Conselhos Superiores, no caso dos Ministérios Públicos estaduais, ou as Câmaras de Coordenação e Revisão da ordem jurídica, no caso dos ramos do Ministério Público da União).

Quanto ao momento, a avaliação da política pública pode ser *ex-ante* ou *ex-post*, isto é, antes ou depois da realização da política pública ou, para o que aqui importa, da ação discricionária do membro do Ministério Público. Na atuação fiscalizatória, usualmente se pensa na atuação correicional como posterior ao ato a ser apurado. No entanto, em situações de correição ou fiscalização geral e de amplo espectro de abrangência, essa avaliação própria da atuação fiscalizatória pode fornecer subsídios de avaliação anterior da atuação do Ministério Público.

Interessa, por fim, indicar as avaliações quanto ao enfoque: avaliação de processos e avaliação de impactos ou resultados. A atuação fiscalizatória parece dirigir-se exatamente à avaliação de processos. Quando se cuida da atuação dirigida à notícia de abuso ou ilegalidade por parte do membro do Ministério Público, é a observância do processo de tomada da decisão ou do processo por meio do qual o membro se desincumbiu (ou não) daquilo que dele se esperava que permitirá o exercício da atuação fiscalizatória das Corregedorias. No levantamento de dados dessa atuação, veja-se, é nítido que se poderá indicar aprimoramento ou necessidade de reavaliação da opção institucionalizada de realização da ação ministerial. Já a avaliação de impactos ou resultados ainda é tema pouco explorado na discussão do Ministério Público brasileiro evincula-se ao atendimento de metas, propósitos e, especialmente, ao planejamento institucional e estratégico da atuação estatal. Se o desenho institucional descentralizado de atuação do Ministério Público reclama respeito à independência de seus membros, mostra-se igualmente relevante o aprimoramento dos processos de aferição dos impactos e dos resultados atingidos pelos membros do Ministério Público na consecução de suas atribuições. E a atividade fiscalizatória, nesse sentido, guarda caráter de relevante legitimidade por força das espécies de controle a que se sujeita a modelagem institucional do Ministério Público, como acima indicado (os chamados controles republicanos e liberais).

6. A ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA E O VALOR DA IGUALDADE NA BUROCRACIA ESTATAL

A aproximação do Ministério Público à modelagem institucional do Poder Judiciário no Brasil, com a dotação de garantais assemelhadas (irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade e inamovibilidade), somada ao desenho dos princípios institucionais estabelecidos na Constituição (independência funcional, unidade e indivisibilidade) asseguram ao Ministério Público uma destacada marca da burocracia estatal: a equidade.

Os membros do Ministério Público, organizados em carreira, apresentam-se de maneira equânime no exercício de suas atribuições. Não há hierarquia entre membros da instituição em relação ao exercício da atividade-fim, não há subordinação funcional do membro sequer à chefia administrativa, como já destacado. A equidade, no desenho burocrático dos agentes do Estado, é desenhada para dar tratamento igualitário aos empregados que desempenham tarefas iguais. Afinal, a burocracia é também concebida para prover produtos e serviços *standard* aos destinatários de suas atividades.

Esse desenho de equidade, quando se cuida do Ministério Público, apresenta-se tanto do ponto de vista externo — aliás, é a marca maior da indivisibilidade da instituição, em que seus membros se substituem reciprocamente sem que haja modificação na presença do Ministério Público no seu mister institucional — quanto do ponto de vista interno. Nesse último caso, veja-se, no exercício das atribuições referidas no ofício de titularidade do membro do Ministério Público, ele se mostra senhor do modo pelo qual essas atribuições se revestirão. Sua obediência, pois, a padrões decisórios ou a padrões avaliatórios serão válidos na exata medida em que impostos a todos os membros em situação assemelhada. Nisso, pois, reside o que se pode chamar de hipérbole da equidade enquanto valor da burocracia estatal.

A preocupação com a eficiência organizacional deve ser central no modelo burocrático e disso não escapa o Ministério Público. Por um lado, os valores de eficiência (atributo indissociável do componente econômico) impõem a alocação racional dos recursos, que na teoria weberiana é traduzida em uma preocupação especial com a alocação racional das pessoas dentro da estrutura organizacional. Por outro lado, o valor da eficiência administrativa induz à obediência às prescrições formais das tarefas, em outras palavras, preocupações do "como as coisas são feitas".[22]

Eis, então, o desafio posto à atividade fiscalizatória das Corregedorias: como ultrapassar a desconfiança geral dirigida à natureza humana? O controle procedimental de tarefas, e as reiteradas preocupações com a imparcialidade no tratamento dos empregados e clientes (ou, no específico do tema ora analisado, no tratamento do jurisdicionado) são expressões claras da teoria X de McGregor. A teoria X, em contraposição à teoria Y do mesmo McGregor, é entendida como

22 SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-369, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar. 2017.

desconfiança com relação à índole humana, à vontade de trabalho e desenvolvimento das pessoas, e à capacidade criativa e de responsabilidade.[23]

Em termos bastante simplificados, na teoria X de McGregor, nenhum empregado gosta de trabalhar. Só atuam porque são coagidos a tanto. Já na teoria Y, do mesmo McGregor, trabalha-se com a chamada integração de metas. Há um interesse intrínseco que o comum das pessoas tem pelo trabalho, há um desejo de ser mais independente e ter mais responsabilidades, bem como desenvolver a capacidade de ser criativo na solução dos problemas da empresa (ou instituição).[24]

Eis o mote da relação entre a atuação fiscalizatória das Corregedorias e o modo de realização das atribuições do Ministério Público por seus membros. Estes atuam porque as Corregedorias atuam fiscalizando a sua atuação, compelindo-os a bem realizarem suas tarefas apenas porque há o risco de resposta sancionatória (teoria X) ou é possível visualizar uma interação institucional entre a função fiscalizatória das Corregedorias e o desenho de política pública resultante do arranjo institucional por que responde o membro do Ministério Público na sua esfera individualizada de atuação?

Independentemente do modelo organizacional do Ministério Público (isso refoge ao presente estudo, embora certamente deva ser objeto de preocupação institucional), é certo que o principal elemento comum dos modelos organizacionais é a preocupação com a função de controle. No modelo burocrático, as características de formalidade e impessoalidade servem para controlar os agentes públicos, as comunicações, as relações intraorganizacionais e da instituição com o ambiente. A função de controle é uma consequência de um implícito julgamento de que os funcionários públicos se comportam de acordo com a teoria X de McGregor. Já nas modelagens de gerencialismo, a relação com o jurisdicional é aberta; assim também ocorre no modelo de governança pública, tão desejado ao aprimoramento institucional do Ministério Público.

As funções administrativas enfatizadas aos membros do Ministério Público, numa modelagem de governança pública, dirigem-se ao controle e à coordenação das atividades. Daí, pois, a relevância da atuação fiscalizatória das Corregedorias, como importante instrumento de avaliação da atuação ministerial, para a transparência, o controle e, finalmente, a confiabilidade do processo decisório na atuação discricionária do membro do Ministério Público no exercício de suas atribuições.

O aprimoramento da máquina pública, e essa preocupação mostra-se igualmente verdadeira quando dirigida ao Ministério Público, geralmente guarda como referência os valores de eficiência, *accountability* e flexibilidade.[25] Se para tal aprimoramento, faz-se necessária a produção de dados que orientam o processo decisório de reforma institucional, é passada a hora de considerar a atuação fiscalizatória das Corregedorias como importante e indispensável elemento de avaliação da atuação dos órgãos de execução do Ministério Público. A superação, pois, do viés estritamente punitivo da

23 McGREGOR, Douglas. *The human side of enterprise*. New York: McGraw-Hill, 1960.

24 Ibid.

25 HOOD, Christopher; JACKSON, Michael W. *Administrative argument*. Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vt., USA: Dartmouth Pub., 1991.

atuação correcional deve dar lugar à necessária compreensão de que o controle dos atos dos membros do Ministério Público refere-se, certo, à responsabilização por desvios, mas também ao aprimoramento dos arranjos institucionais que concretizarão a atuação do próprio Ministério Público como um todo.

7. CONCLUSÃO

A atuação fiscalizatória das Corregedorias reclama uma revisão sobre seus modos de atuação e também sobre o modo como essa atuação é percebida interna e externamente em relação ao Ministério Público. O exercício fiscalizatório substancia importante ferramenta de avaliação da atuação estatal e, em grande medida, mostra-se como a melhor ferramenta de avaliação das políticas públicas realizadas pelo Ministério Público. Porque, afinal, o Ministério Público, no exercício de suas atribuições próprias de instituição-garantia do Estado, materializa importante parcela no desenho das políticas públicas do Estado. Seu próprio mister, é bom lembrar, quando se tem em conta o destinatário dessa atuação, é forma de ação governamental dirigida à concretização e à fruição de direitos pelo cidadão (e, em especial, pela coletividade assim considerada).

A exigência de institucionalização de boas práticas é a marca que orienta a atuação correcional. Uma vez que a ação das Corregedorias tem por visão precípua, ao menos usualmente, o processo de responsabilização dos membros do Ministério Público por eventuais abusos ou ilegalidades, as Corregedorias atuam sob o mais estreito signo da legalidade estrita. Suas ações são lastreadas e dirigidas por um cabedal normativo específico, que institucionaliza e formaliza boas práticas até para que, a partir dessa formalização, se possa exigir dos demais a mesma atuação.

A atuação fiscalizatória das Corregedorias não raro esbarra no peculiar espaço de independência funcional. A discricionariedade é marca de atuação do agente político e essa preocupação é inafastável da verdadeira angústia que permeia a atuação do membro do Ministério Público, seja pela insuficiência das regras à solução dos casos postos, seja pela impossibilidade de apreensão de todo o contexto fático que dele reclama atuação. O espaço de discricionariedade, então, deve ser objeto de avaliação profunda, para a construção de mecanismos não só orientadores da melhor atuação, mas também de controle e de transparência do processo decisório ensejador da atuação do Ministério Público.

A atuação fiscalizatória materializa diversos tipos de avaliação de políticas públicas. Essas avaliações devem ser compreendidas como meio de otimização dos dados produzidos pelas Corregedorias e como modo de melhor interação interinstitucional entre as Corregedorias e os demais órgãos setoriais ou de decisão do próprio Ministério Público.

A desejada governança do Ministério Público retoma a teoria Y de Mcgregor, para quem o funcionário é desejoso de uma atuação coordenada, articulada à consecução do melhor resultado e orientada pela construção de um processo

decisório transparente e controlado. E, se isso é verdade, assume caráter de urgência a compreensão de que a atuação fiscalizatória das Corregedorias presta-se como o mais importante e útil instrumento para o aprimoramento institucional do Ministério Público brasileiro tão desejado (e exigido) pelo cidadão.

8. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALA-HARJA, Marjukka; HELGASON, Sigurdur. Em direção às melhores práticas de avaliação. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 51, n. 4, out./dez. 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto compilado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, ISSN 0008-7750, nº 22, 1982. (Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado).

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. *Análise de políticas públicas*: o estudo do Estado em ação. Salvador: EDUNEB, 2012.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

DINIZ, Eli. Governabilidade, democracia e reforma do Estado: os desafios da construção de uma nova ordem no Brasil dos anos 90. *DADOS – Revista de Ciências Sociais,* Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, 1995.

HART, H. L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, 2013.

HOOD, Christopher; JACKSON, Michael W. *Administrative argument*. Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vt., USA: Dartmouth Pub., 1991.

McGREGOR, Douglas. *The human side of enterprise*. New York: McGraw-Hill, 1960.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SCHAPIRO, Mário G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200311&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201613>.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e Política Criminal*: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos. In: *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. Tomo II. Arthur Trindade Maranhão Costa, Bruno Amaral Machado, Cristina Zackseski (Org.). Brasília: ESMPU, 2016.

YILMAZ, Sedar; BERIS, Yakup; SERRANO-BERTHET, Rodrigo. Local Government Discretion and Accountability: a diagnostic framework for local governance. Washington: The World Bank, July 2008. (Local Governance & Accountability Series, Paper n. 113).

ZANETI JÚNIOR, H. CPC/2015: o Ministério Público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público, Brasília, ISSN 2525-5800, v. II, p. 101-166, 2017.

O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SEUS FUNDAMENTOS

[The disciplinary law of the prosecution office: elements for a critical analysis of its fundamentals]

Luciano de Faria Brasil[1]

Resumo: O texto examina o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público. Para tanto, aborda suas premissas, contornos e sentido de aplicação, circunscrevendo suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, analisa a estrutura da falta ou infração disciplinar, destacando os seus elementos constitutivos, a partir da recuperação da tradição do Direito Administrativo brasileiro e de uma releitura dessa tradição à luz da Constituição da República e da evolução dos conceitos jurídicos ocorrida nas últimas décadas.

Palavras-chave: Direito Administrativo Disciplinar. Ministério Público. Infração disciplinar.

Abstract: *The text examines the disciplinary administrative law of the officers of Prosecution Office. Therefore, the text examines its tenets, outlines and the purpose of its enforcement. The text also examines the structure of the offence in the field of disciplinary law, pointing to its constitutive elements, according to the tradition of administrative law and to the reinterpretation of the tradition in the face of the Constitution and the recent developments of juridical concepts.*

Keywords: *Disciplinary Administrative Law. Prosecution Office. Offence in the field of disciplinary law.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito administrativo disciplinar: premissas, lineamentos e sentido. 3. Infração disciplinar e seus elementos estrut urantes. 3.1. Elemento objetivo da tipificação. 3.2. Elemento subjetivo da tipificação. 3.3. Ilicitude. 4. Considerações finais. 5. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem o propósito de examinar alguns aspectos relativos ao Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público,

1 Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, classificado na Promotoria de Justiça de Habitação e Defesa da Ordem Urbanística de Porto Alegre. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Ceaf/MPRS) no biênio 2015-2017. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Mestre em Filosofia (PUCRS). Diplomado pelo "Curso Internacional de Planificación del Ordenamiento Territorial" (ILPES/Cepal, Chile). E-mail: lfbrasil@mprs.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1294680808763297>.

apresentando uma proposta de reflexão crítica sobre os seus conceitos. Para tanto, o artigo propõe a análise pontual de alguns de seus institutos fundamentais, de forma a elucidar os elementos e o sentido do regime jurídico disciplinar incidente sobre a conduta funcional (e sobre os demais comportamentos em relação direta com o exercício da função pública) dos órgãos do Ministério Público.

Ressalte-se a evidente importância do tema, na medida em que está diretamente relacionado com o cotidiano da atividade exercida pelo Ministério Público e, especificamente, com a atividade exercida pelas respectivas Corregedorias.[2] Embora diretamente ligado à atividade de fiscalização e repressão dos ilícitos disciplinares, o Direito Administrativo Disciplinar fornece o quadro normativo de referência também para as atividades de avaliação e orientação. Assim, o Direito Administrativo Disciplinar do Ministério Público oferece balizas normativas e conceituais indispensáveis para o desempenho da atividade funcional, atuando para a garantia da correta prestação do serviço público, nos moldes assegurados pela Constituição da República.

O itinerário proposto é bastante simples. Pretende-se realizar uma breve introdução ao tema do Direito Administrativo Disciplinar, com ênfase em suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, a exposição avança para o exame da estrutura da falta ou infração disciplinar, analisando os seus elementos constitutivos, com destaque para pontos que sejam controversos ou que mereçam exame mais detalhado. Também serão eventualmente abordados outros assuntos que apresentam uma clara correlação com a temática do presente artigo, embora não integrem diretamente o campo de estudos do Direito Administrativo Disciplinar. É o caso, por exemplo, da forte conexão do Direito Administrativo Disciplinar com o sentido constitucional e estratégico da atividade do Ministério Público.

O núcleo argumentativo do presente texto remonta a um singelo artigo publicado pelo autor no começo da década passada, abordando a mesma temática.[3] Como não poderia deixar de ser, o presente este escrito busca muitos de seus argumentos e formulações naquela fonte, recuperando boa parte daquele artigo, com a releitura proporcionada pelo amadurecimento crítico e pela evolução institucional e conceitual permanente do Ministério Público desde aquela data. Com isso, não se almeja estrita originalidade na apresentação do material, mas apenas na reestruturação parcial da sequência argumentativa, em face da transformação legal e institucional antes realçada, acrescida de novos materiais e percepções. Destaca-se que, ao assim proceder, o texto assume a forma de ensaio, com viés exploratório, percorrendo com liberdade expositiva os tópicos abordados. Por isso mesmo, não há qualquer pretensão de esgotar o tema, mas apenas de ofertar alguns elementos para um permanente reexame sobre a temática.

2 Conforme lição doutrinária, as atividades típicas das Corregedorias são a avaliação, a orientação e a fiscalização; sendo no âmbito da fiscalização que se desenvolve a "atividade de controle disciplinar" propriamente dita (GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público resolutivo. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 232, 2016.).

3 BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: PREMISSAS, LINEAMENTOS E SENTIDO

Em uma rápida e preliminar mirada, pode-se afirmar que o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público assenta-se sobre uma série de premissas, que devem ser destacadas desde logo.

Referidas premissas têm caráter variado, constituindo pressupostos de ordem normativa, histórica e circunstancial que efetivamente modelam a compreensão do Direito Administrativo Disciplinar na atual quadra de seu desenvolvimento histórico. Nesse ponto, não se confundem com os lineamentos ou contornos, tratados logo adiante, e que dizem respeito, em última análise, ao próprio estatuto epistemológico do Direito Administrativo Disciplinar, i.e., dos elementos que o diferenciam dos demais ramos do direito, assinalando os lindes de sua fronteira conceitual. Da mesma forma, diferenciam-se do sentido de aplicação das normas de Direito Administrativo Disciplinar, que também será examinado brevemente em momento oportuno.

A primeira premissa é a circunstância de que o Direito Administrativo Disciplinar comporta uma multiplicidade de formas e conceitos, com origens históricas e normativas advindas de distintas fontes (leis estaduais, legislação federal, atos normativos diversos etc.) e diferentes tradições jurídicas. Além disso, no processo de construção histórica do Direito Administrativo Disciplinar, vários institutos jurídicos foram tomados de empréstimo do Direito Administrativo e do Direito Penal, produzindo distintos resultados, nem sempre coerentes ou de fácil intelecção em uma perspectiva sistemática. A dinâmica inerente à existência de normas e tradições concorrentes (que devem ser valorizadas, na medida em que representam a acumulação do saber ao longo de gerações de intérpretes), coexistindo em âmbito nacional e nas diversas unidades federativas, adiciona especial dificuldade ao estudo do Direito Administrativo Disciplinar, que se mostra como um campo jurídico ainda em construção.

A segunda premissa é constituída pela contraparte jurídico-institucional do pressuposto acima exposto. Trata-se da vocação uniformizadora representada pelas instituições nacionais, especialmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público, criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. A força compressiva e saneadora da padronização de procedimentos levada a cabo de forma salutar pelo Conselho Nacional do Ministério Público e seus órgãos (como a Corregedoria Nacional) tem como repercussão imediata a busca pela reapreciação e uniformização dos próprios conceitos e construções jurídicas que servem de base à atuação disciplinar. Assim, o esforço coletivo para a construção de uma doutrina consistente e homogênea no campo do Direito Administrativo Disciplinar pode ser encarado como parte de uma tendência que integra uma agenda de cunho nacional.

Como terceira premissa, cumpre ressaltar a vinculação do Direito Administrativo Disciplinar à proteção de determinados bens jurídicos. A assertiva é posta como

petição de princípio, sem, contudo, pretender ingressar no largo debate sobre a definição de bem jurídico ou de sua relação com determinados valores ético-sociais. A definição de "bem jurídico" adotada para as finalidades da presente exposição é a mais ampla possível, e serve especificamente para destacar que o Direito Administrativo Disciplinar tem por finalidade a proteção ou tutela de determinados bens jurídicos, assim eleitos em âmbito legal ou constitucional.[4] Assim, a tarefa do intérprete é a de identificar corretamente os bens jurídicos selecionados para proteção por meio do Direito Administrativo Disciplinar.

Quanto aos lineamentos básicos do Direito Administrativo Disciplinar, importa mencioná-los muito brevemente, com ênfase absoluta em um dos elementos fundamentais para a sua compreensão.

Como já destacado em anterior oportunidade, a concepção tradicional advinda da teoria da identidade substancial, que aduzia não haver diferença essencial entre o poder disciplinar e o Direito Penal, é objeto de críticas.[5] Em razão da suposta unidade ontológica do ilícito, a falta administrativa seria apenas um *minus* em relação ao crime; segundo Nelson Hungria, ambos seriam "*species* do mesmo *genus*".[6] Caso afastada a ideia de uma unidade substancial entre ilícitos penais e administrativos, existe uma grande variedade de formulações para a definição dos contornos mínimos, deixando ao intérprete uma grande latitude de escolha das concepções doutrinárias que resultem adequadas em face dos mandamentos constitucionais e da respectiva adequação sistêmica. Nessa linha, parece apropriado o entendimento que concebe a função disciplinar[7] na esfera administrativa como uma relação punitiva ou sancionadora de caráter especial, a regular a conduta de pessoas determinadas, sujeitas a relações de supremacia não territorialmente limitadas.[8]

Compreendendo-se de tal forma a função disciplinar, é fácil perceber a sua possível correlação com a função hierárquica existente no âmbito do Direito Administrativo. Pretende-se com tal observação recuperar a filiação primária da função disciplinar aos métodos e institutos do Direito Administrativo, refutando a aplicação acrítica e extensiva dos paradigmas e métodos próprios do Direito

4 "Sabendo-se que um bem é todo o elemento apto à satisfação de uma necessidade, o conceito de bem jurídico é dotado de considerável amplitude: ele compreende toda a realidade possuidora de relevância social e protegida pela ordem jurídica – bem é "tudo o que sirva para o homem atingir qualquer fim" (OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014 [reimpressão da edição de novembro de 2013], v. 1. p. 438). Para um registro da evolução da categoria "bem jurídico" no âmbito do direito penal, consulte-se: SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito:* perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 113-126.

5 Brasil, op. cit., p. 90-91. Para um registro das críticas a que foi submetida a teoria da identidade substancial, consulte-se: BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 10-52.

6 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo* (Seleção Histórica), Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 17, 1991.

7 Prefere-se o uso da locução "função disciplinar" ao invés de "poder disciplinar" porque o eixo metodológico do direito público gira em torno da ideia de dever, não da ideia de poder. O poder é instrumental, meio para que se cumpra aquele dever, atingindo-se a finalidade legal. Caracteriza-se, assim, como uma *função* no sentido jurídico do termo, pois existe uma situação jurídica, assinalada por um comando normativo, com uma finalidade a cumprir, mediante o manejo de certos poderes. Sobre isso: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13-16.

8 Sobre o tema: Barros júnior, op. cit., p. 63-65.

Penal. É importante notar que essa diferenciação entre o tratamento dos ilícitos penais e dos ilícitos administrativos tem simples propósito metodológico e didático, recusando qualquer ideia de ontologização dos conceitos.[9] Sabe-se que é facultado ao legislador escolher a técnica adequada para proteção de determinados bens jurídicos, e que, além disso, pode alterar seu entendimento a qualquer tempo, "convertendo" ilícitos administrativos em ilícitos penais e vice-versa, dificultando a elaboração de qualquer distinção rigorosa entre temas criminais e temas disciplinares. Por isso, a distinção assumida neste texto entre as classes de ilícitos tem menos a ver com uma posição teórico-conceitual fechada, e mais com um enfoque prático-hermenêutico no uso dos conceitos jurídicos.

Em razão de tal posicionamento, propõe-se aqui que a aproximação entre ilícitos penais e ilícitos administrativos deve ser buscada em outro nível ou estrato de comparação. A resposta para esse problema específico não está no âmbito sistemático, na estrutura interna do sistema e de seus diversos componentes, mas na forma como um determinado recorte do ordenamento jurídico (o Direito Administrativo Disciplinar) produz efeitos sobre a realidade. A solução pode ser encontrada na análise do sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, que circunscreve o campo e as possibilidades de sua efetiva intervenção.

Considerando o giro interpretativo proporcionado pela mudança de foco, a tese da unidade substancial pode ser recepcionada de forma fraca ou mitigada, partindo de um simples reconhecimento de certas semelhanças morfológicas entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal. Um ponto comum decorrente dessa coincidência de formato entre as respectivas classes de ilícitos é justamente a fragmentariedade da intervenção, por meio da seleção dos bens jurídicos aptos a serem tutelados ou protegidos. Não é a totalidade da vida que é alcançada pela incidência da função disciplinar, mas apenas os recortes fixados na legislação vigente. Resta a pergunta pela intensidade e pelo modo de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar (vale dizer, pelo seu sentido) à luz do reconhecimento de uma intervenção fragmentária, voltada para a tutela de bens jurídicos específicos.

A solução apontada em anterior oportunidade parte de uma operação de integração conceitual, transportando uma formulação doutrinária do Direito Penal para o campo do Direito Administrativo Disciplinar. Ao operar um deslocamento de sentido – uma ressignificação, em termos semânticos – trasladando um conceito para outro domínio de aplicação, pretende-se construir uma resposta adequada e transversal para a questão do sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar.[10] Desse modo, propõe-se o uso de uma noção formulada inicialmente para aplicação no seio do Direito Penal: trata-se do conceito de "intervenção

9 Sobre o interessante tema do "fetiche da lei" (ou seja, da objetificação dos conceitos jurídicos), consulte-se: OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva:* os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 60.

10 A permanente atualização dos significados dos conceitos jurídicos e das construções argumentativas constitui circunstância inerente à historicidade própria dos conceitos nas ciências humanas, portadores que são de diversas camadas de sentido. Por isso, estão sempre abertos à reconstrução e ao uso inovador. Sobre o tema da historicidade e da polissemia dos conceitos, consulte-se: BARROS, José D'Assunção. *Os conceitos:* seus usos nas ciências humanas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 52-65.

minimamente necessária".[11] O conceito permite equacionar a relação entre o modelo de intervenção fragmentária inerente ao Direito Administrativo Disciplinar e o papel estratégico e funcional atribuído ao Ministério Público no texto da Constituição da República.

Com efeito, o Direito Administrativo Disciplinar apresenta-se como um dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento da missão dada ao Ministério Público no texto constitucional e na subsequente legislação infraconstitucional. A pauta do Ministério Público na Constituição da República é clara, podendo ser inteiramente deduzida de suas missões primárias: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por essa razão, o correto e eficiente desempenho de tais atribuições pelos órgãos do Ministério Público afigura-se essencial na construção do Estado Democrático de Direito instaurado em sede constitucional. Sobre o sentido estratégico do papel do Ministério Público, diz a doutrina:[12]

> No Pacto de 1988, o constituinte conferiu ao Ministério Público a tarefa de promover os interesses estratégicos da sociedade brasileira, o que implica participação ativa na implementação do projeto de democracia substantiva nela delineado. As forças sociais vitoriosas no processo constituinte apostaram no Ministério Público, projetando-o como um dos principais protagonistas do processo de democratização que ali se iniciava.

Em face da importância e da extensão das tarefas conferidas ao Ministério Público para a garantia do cumprimento da ordem constitucional, resta clara a dimensão estratégica decorrente da necessidade de um desempenho funcional eficiente e de alta qualidade. É por isso que o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público deve, pois, ser exercido da forma minimamente necessária à efetivação, por seus agentes, de uma conduta funcional eficaz, apta ao cumprimento da missão estabelecida pela Constituição da República.

Não há espaço, portanto, para um "Direito Administrativo Disciplinar mínimo", simetrizado com sua formulação na área penal, vinculado a um dogma liberal ultrapassado e alienado em relação ao papel do Ministério Público no texto constitucional.[13] Da mesma forma, não há razão para a existência de um Direito Administrativo Disciplinar excessivamente interventivo, afastado de sua missão de tutela de bens jurídicos e posto a serviço de metas meramente quantitativas, instrumentais ou político-institucionais. À parte as desarrazoadas perspectivas fundadas no minimalismo ou no maximalismo, propõe-se como constitucionalmente adequada uma intervenção administrativa disciplinar na forma minimamente necessária ao cumprimento da missão constitucional do Ministério Público.

---

11 SANTOS, André Leonardo Coppeti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 27-38, 2003.

12 Goulart, op. cit., p. 218-219.

13 Para a crítica do minimalismo penal: Santos, op. cit., p. 27-38.

3. INFRAÇÃO DISCIPLINAR E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURANTES

Apresentados alguns elementos para reflexão crítica sobre as premissas, os lineamentos e o sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar dos agentes do Ministério Público, parece necessário realizar também um breve exame de sua unidade conceitual básica, i.e., a falta ou infração disciplinar.

Para tanto, intenta-se submeter o conceito de falta disciplinar a um breve reexame, estudando as possibilidades advindas do encontro da tradição jurídico-administrativa com os arranjos institucionais e conceituais presentes na Constituição da República, para viabilizar uma compreensão crítica do tema analisado. Pretende-se com isso não apenas uma análise de fundo teórico, mas também auxiliar os operadores no manejo prático dos temas ligados ao Direito Administrativo Disciplinar. Sem descer ao exame pontual das diversas legislações estaduais ou da legislação federal incidente na espécie, realiza-se uma operação de desconstrução analítica da noção de falta disciplinar, para evidenciar a sua estrutura básica e os seus elementos constitutivos.

O caminho escolhido tem suas especificidades. Embora ocorra evidente paralelo morfológico com o conceito analítico do crime, em suas diversas variantes doutrinárias, optou-se por buscar os componentes do conceito de falta disciplinar não no âmbito penal, mas na tradição do Direito Administrativo brasileiro, conforme ressaltado no exame dos lineamentos do Direito Administrativo Disciplinar. Há uma nota discricionária nessa escolha, como não poderia deixar de ser (todo ato de atribuição de sentido no contexto de uma determinada tradição cultural envolve escolhas razoáveis no âmbito de uma gama de possibilidades), mas a decisão de recuperação dos elementos presentes na tradição jurídica está em consonância com a perspectiva hermenêutica adotada como pressuposto orientador do trajeto metódico afirmado neste artigo.[14]

Como salientado, o Direito Administrativo Disciplinar filia-se ao Direito Administrativo, com suas peculiaridades conceituais e metodológicas. Assim, o aparato conceitual do Direito Administrativo Disciplinar deve ser construído a partir dessa premissa, sem transplantes excessivos de outros ramos do direito. É claro que é importante manter o diálogo permanente entre os diversos horizontes de racionalidade presentes na metodologia jurídica: teorética, tecnológico-social e prático-jurisprudencial.[15] Por isso, como ressaltado no tópico anterior, quando da utilização transversal e interdisciplinar de construção argumentativa advinda de outra matriz teórica, entende-se que a interdisciplinaridade é necessária e produtiva, especialmente no contato com institutos do Direito Penal, desde que realizada de forma crítica.

14 Com a menção à perspectiva hermenêutica, o que se pretende destacar no percurso comparativo entre aportes doutrinários e textos legislativos é o papel constitutivo da linguagem na formação do horizonte de compreensão do intérprete, demandando especial atenção às formulações conceituais presentes na tradição jurídica. Sobre o tema da linguagem na hermenêutica: SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. de Fábio Ribeiro. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 165-188.

15 Sobre o tema: CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Stvdia Ivridica, I. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2013 [reimpressão], p. 34-81.

Isso posto, sugere-se uma divisão analítica para o conceito de falta ou infração disciplinar, compreendendo três elementos constitutivos básicos:

1. Elemento objetivo da tipificação (ato ou omissão).

2. Elemento subjetivo da tipificação (imputação a uma vontade esclarecida e livre).

3. Ilicitude (perturbação no funcionamento do serviço público).

Em termos gerais, os elementos estruturantes acima sugeridos correspondem a uma vetusta e respeitável lição da doutrina administrativa, que naquela ocasião se encontrava em outro estágio de desenvolvimento teórico e conceitual. Naquela obra, os elementos constitutivos da falta disciplinar são referidos respectivamente como "elemento material", "elemento moral" e "elemento formal".[16] A atualização terminológica acima realizada ilustra as possibilidades de um diálogo interdisciplinar produtivo com o Direito Penal, sem abandono das especificidades do Direito Administrativo. Ademais, entende-se que a tripartição sugerida, com raízes na tradição do Direito Administrativo brasileiro, atende melhor às necessidades práticas do cotidiano funcional dos agentes do Ministério Público e dos órgãos de controle, além de estabelecer um horizonte de compreensão para o objeto de estudo.

3.1. Elemento objetivo da tipificação

Sob a égide do elemento objetivo da tipificação disciplinar encontram-se as discussões atinentes à conduta do infrator e também, por óbvio, à tipicidade administrativa sobre ela incidente. O conceito genérico de conduta do agente não oferece maiores dificuldades, nele estando incluídos os comportamentos comissivos e omissivos. Quanto à tipicidade disciplinar propriamente dita, é necessário examinar as suas características no plano do Direito Administrativo, apontando a existência de eventuais especificidades em relação ao conceito de tipificação existente no Direito Penal.

Parcela da doutrina mais antiga, produzida antes da promulgação, em 1988, da Constituição da República, entendia não vigorar a regra da fixação taxativa em relação às faltas disciplinares, cogente no campo criminal. Os textos legislativos contentar-se-iam com a indicação genérica das infrações, não sendo obrigatória a previsão legal da falta para que fosse exercido o poder disciplinar[17]. É claro que esse modelo aberto de tipicidade da falta disciplinar produzia grande precariedade jurídica, não permitindo a identificação segura – *ex ante* – dos comportamentos vedados.

Por essa razão, e também pelo teor da Constituição da República, não mais se admite tal espécie de modelo descritivo inteiramente aberto, a ser "preenchido"

16 FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 191.

17 Sobre o tema: Barros júnior, op. cit., p. 72.

pelo aplicador com ampla discrição interpretativa. Ao contrário, considera-se a tipificação das faltas administrativas como consequência do princípio da segurança jurídica, e este como corolário do princípio da legalidade. Segundo o magistério de Fábio Medina Osório, ao discorrer com propriedade sobre o tema:[18]

> A tipicidade, em todo caso, é e há de ser considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, com maior ou menor rigidez, dependendo do bem jurídico tutelado e dos direitos fundamentais em jogo, bem assim da natureza da relação de sujeição entre o Estado e o infrator.

Conforme ressaltado no texto anterior, há um dado que pode servir de baliza na distinção entre a tipicidade administrativa disciplinar e a sua congênere no direito criminal.[19] Trata-se do recurso frequente a conceitos jurídicos indeterminados na descrição das condutas tipificadas. O desvalor ético-social da conduta é expresso em fórmulas linguísticas amplas, com o propósito de enunciar comportamentos antitéticos às exigências do serviço público. Nesse ponto, para bem esclarecer a questão, transcreve-se a lição de Odete Medauar:[20]

> As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas; ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, hão de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não se ensejem arbítrio e subjetividade.

Em suma, cumpre afirmar a necessidade de adequada tipificação administrativa para a responsabilização pela prática de faltas disciplinares, como decorrência da necessidade de segurança jurídica e como corolário do princípio da legalidade, em consonância com os ditames da Constituição da República. Essa tipicidade administrativa, todavia, é abrandada por uma construção típica mais aberta, parcialmente indeterminada, de forma a permitir uma salvaguarda mais eficaz dos bens jurídicos protegidos e uma defesa mais ampla do interesse público. Entretanto, destaca-se que a tipicidade mais aberta ou indeterminada não se confunde de forma alguma com a ideia de discricionariedade.

3.2. Elemento subjetivo da tipificação

Reúnem-se aqui todos os aspectos relativos à subjetividade e à volição do agente público, conectando a conduta a uma vontade esclarecida e livre. Na terminologia própria do Direito Penal, aqui trazida para compreensão do fenômeno tratado, o elemento subjetivo da tipificação ("elemento moral" da falta disciplinar, nos termos da doutrina tradicional antes referida) compreenderia o dolo[21] (e também a culpa *stricto sensu*, mas apenas quando for expressamente

18 OSÓRIO, Fábio Medina *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

19 Brasil, op. cit., p. 95-96.

20 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 144.

21 O dolo é considerado aqui como 'vontade realizadora do tipo', desdobrado em um aspecto cognoscitivo e um aspecto volitivo. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 480-505.

prevista ou logicamente decorrente da descrição típica), os elementos subjetivos especiais do tipo[22] e até a própria culpabilidade.[23] Dessa forma, todos os componentes relativos a essas categorias jurídicas advindas do campo criminal ficam alojados sob a égide do elemento subjetivo da tipificação.

É importante destacar que a necessidade de responsabilização individualizada, realizada segundo os ditames do *due process of law*, afasta qualquer possibilidade de responsabilização objetiva, sem avaliação da volição ou intenção do agente público faltoso. Os valores e princípios presentes no texto da Constituição da República, assim como a evolução científica do Direito Administrativo, trazem a necessidade de contínua atualização do elemento subjetivo da tipificação disciplinar, incorporando ao referido conceito o conteúdo do princípio da culpabilidade.

Portanto, para a caracterização da falta disciplinar, é necessário inquirir sobre a presença do dolo (ou da culpa, se for o caso), sobre a eventual presença dos elementos subjetivos especiais inerentes a cada figura típica (os *animi* próprios de cada tipo), e, acima de tudo, sobre a culpabilidade do agente, adaptada, no que for possível, para as peculiaridades do Direito Administrativo. É muito importante ressaltar que o agir-de-outro-modo, que é o cerne da noção de culpabilidade, deve ser sempre aferido em face de uma situação concreta, repudiando juízos generalizantes ou apriorísticos. A exigibilidade de outra conduta há de ser vinculada a um homem concretamente situado, "no sentido de que vive em um mundo e de que é, assim, aquilo que através da ação objetiva no mundo e que o mundo subjetiva nele"[24].

3.3. Ilicitude

É no campo da ilicitude que habitualmente reside o núcleo das discussões práticas sobre o ato da falta disciplinar. De acordo com a doutrina tradicional antes citada, o aspecto formal da infração disciplinar consistiria na perturbação do serviço público pelo agente faltoso. Desse modo, pode-se afirmar que o "regular e eficiente andamento dos serviços públicos prestados à coletividade" constituiria o bem jurídico primário tutelado pelo conjunto de normas do Direito Administrativo Disciplinar. Por sua vez, a locução "perturbação da eficiência do serviço" indicaria o desvalor da conduta inversa, sinalizando uma ofensa ao bem jurídico protegido pelo respectivo tipo disciplinar.

Os demais bens jurídicos tutelados pelo Direito Administrativo Disciplinar constituem derivações daquele bem primário e podem ser agrupados nos conceitos sistematicamente correlatos de "ordem interna do serviço" e "prevalência da

22 Considerando-se tais elementos como indicativos do desvalor da conduta e codeterminantes do injusto da ação. Para o exame desses elementos subjetivos de caráter próprio, autonomamente situados ao lado do dolo do tipo: WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976, p. 50.

23 Compreendida como 'poder-de-outro-modo' concretamente apreensível no seio do processo histórico-causal. Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 242-250. Em um sentido mais amplo, para um registro atualizado das discussões sobre culpabilidade, além dos milites do presente texto: BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos:* compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017.

24 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

legalidade", formando o núcleo de proteção e garantia das normas de Direito Administrativo. A mesma conclusão é obtida analisando-se o sistema de princípios e valores presente na Constituição da República.

Assim, no plano da análise da ilicitude ocorre a verificação da contrariedade às regras do ordenamento jurídico e da agressão ao bem jurídico que se encontra protegido pela tipicidade disciplinar. Quanto ao modo de caracterização da ilicitude, a tese sustentada neste artigo é a de que o Direito Administrativo Disciplinar trabalha com um conceito de ilicitude material. Somente quando caracterizada uma ofensa concreta ao bem jurídico é que estará presente a antijuridicidade necessária para a responsabilização disciplinar.

Como no Direito Penal, a ofensa ao bem jurídico pode consistir em uma lesão ou em uma submissão a perigo.[25] Salienta-se, porém, que o perigo a que é submetido o bem jurídico deve ser sempre concreto, não mais se admitindo a ideia de um perigo puramente abstrato para o bem jurídico. De qualquer maneira, somente a avaliação das condições reais de exercício funcional do agente público (ou seja, o exame das peculiaridades concretas do desempenho profissional) permitirá aferir a concretude do risco para o bem jurídico tutelado pela norma disciplinar.

Entretanto, cumpre registrar posição diversa em sede doutrinária, compreendendo que a ilicitude no âmbito disciplinar tem natureza formal:[26]

> Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas quer haja o risco de que tal dano possa ser produzido.

Respeitando-se o posicionamento acima transcrito, repisa-se o entendimento antes professado, no sentido de que, para a sua plena efetivação, a falta disciplinar necessita ofender concretamente o bem jurídico protegido pela regra de direito.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto examinou de forma sintética algumas questões relativas ao Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público. Para tanto, abordou suas premissas, contornos e sentido de aplicação, circunscrevendo suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, examinou a estrutura da falta ou infração disciplinar, destacando os seus elementos constitutivos, a partir da recuperação da tradição do Direito Administrativo brasileiro e de uma releitura dessa tradição à luz da Constituição da República e da evolução dos conceitos jurídicos ocorrida nas últimas décadas. Apesar do recurso frequente a fundamentos de ordem teórica, o artigo tem finalidade preponderantemente prática, com foco na efetiva aplicação do Direito

25 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 87-88.

26 COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 210.

Administrativo Disciplinar, de modo a facilitar a produção de manifestações em sede disciplinar, nas diversas posições ou situações procedimentais.

Como destacado no curso do texto, o papel do Ministério Público foi reconfigurado na Constituição da República, assumindo uma dimensão estratégica na consecução da ordem constitucional em toda a sua plenitude. A própria atuação processual foi impactada, sendo objeto de um redesenho constante no período pós-1988, para privilegiar cada vez mais uma postura resolutiva em face dos desafios jurídicos e sociais contemporâneos. Com isso, de forma paradoxal, o nível de conflitualidade na atuação do Ministério Público aumentou, em que pese o uso intensivo dos instrumentos extrajudiciais de composição de conflitos. Diante da expansão das atribuições e do campo de atuação, há uma maior interface, uma maior "superfície de contato" com diversos segmentos da sociedade, expondo o Ministério Público a novas áreas de atrito. Nesse quadro, o papel das Corregedorias também se transformou, recebendo cada vez mais fatos para análise e ampliando sua atuação proativa, o que proporciona um desempenho mais intenso e direto no controle da atividade funcional.

O Direito Administrativo Disciplinar não é uma panaceia, mas apenas um instrumento importante na composição do quadro de referência legal e deontológica da atividade funcional do Ministério Público. É claro que a via repressiva tem suas limitações, devendo servir somente para a correção das imperfeições realmente relevantes no desempenho da função pública, por meio de uma intervenção minimamente necessária. Não se presta, portanto, a uma intervenção maximizada ou desproporcional. Nesse contexto, a reflexão crítica sobre os fundamentos do Direito Administrativo Disciplinar pode auxiliar na percepção renovada dos objetivos institucionais, iluminando o caminho para a reflexão sobre novas formas de atuação institucional e de proteção do interesse público e social. Afinal, é para tal objetivo que se orienta toda a legislação institucional do Ministério Público: servir à coletividade por meio do cumprimento das tarefas afirmadas na Constituição da República.

5. REFERÊNCIAS

BARROS, José D'Assunção. *Os conceitos:* seus usos nas ciências humanas. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. *Revista do Ministério Público,* Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos:* compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico. Curitiba: Juruá, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Stvdia Ivridica, I. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2013 [reimpressão].

COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público resolutivo. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* Brasília, v. 1, p. 217-237, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica),* Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-21, 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva:* os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014 [reimpressão da edição de novembro de 2013]. v. 1.

SANTOS, André Leonardo Coppeti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1. p. 27-38, 2003.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito*: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. de Fábio Ribeiro. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DA NOBREZA E DOS LIMITES DA ATIVIDADE CORREICIONAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

José Adércio Leite Sampaio[1]

A Corregedoria é um dos órgãos de maior importância para as atividades institucionais, tanto no sentido de conferir-lhe integridade de meios e fins, um apuro interno de correção, quanto para reforçar a sua credibilidade perante o ambiente externo e a sociedade em geral. Poucos se dão conta de que a atuação correicional é requisito de legitimação do próprio fazer institucional.

Claro está que essa incompreensão é também fruto da falha percepção dos correicionados, mas, por vezes, dos próprios corregedores. Se é ele o órgão que fiscaliza os fiscais, que controla os controladores, há, por certo, que ter parâmetros objetivos de atuação, de modo a tornar-se ele mesmo passível de controle, fiscalização e correição.

Num regime constitucional e democrático, nenhum poder foge a limites intrínsecos e externos, definidos pelos arranjos institucionais que a criatividade política e jurídica acaba por estabelecer como mecanismos de freios e contrapesos. A Corregedoria está, assim, submetida a limites, limites dos limitadores, assim como a Corregedoria é o limite ao poder dos agentes correicionados. Cuida-se de uma atividade marcadamente de limitação – contra si, de si e para os seus destinatários passivos. A compor-se uma intricada rede de contenções que garantem o funcionamento adequado do sistema.

Cuida-se, ademais, de uma limitação que libera a força legítima de atuação institucional. Ou, de outro modo dito, a garantia de que uma instituição e seus membros não fujam dos quadrantes jurídicos de seus deveres orgânicos ou institucionais, mas que os imprime a energia capaz de atuarem de modo responsável. Pois sim, a correição se faz sobre deveres, prescritos como uma ética ou uma deontologia prática de um órgão, profissão, ofício ou atividade.

Ela é derivativa do princípio republicano que, ao casar uma antropologia negativa de precaução com um institucionalismo de cautela, imprime responsabilidade ao

1 Procurador da República. Mestre e doutor em Direito Constitucional. Professor de Graduação e Pós-Graduação. Autor de *O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário*.

exercício do poder que é conferido ao agente correicionado. A Corregedoria é, portanto, a guardiã da responsabilidade funcional, mas regida também por limites.

II.

Alguns desses limites parecem isentos de dúvidas: a correição não pode imiscuir-se no mérito da atividade-fim, exceto quanto haja um excesso ou desvio de finalidade, um demérito funcional, portanto. A intervenção contra a desídia ou a corrupção é a província da correição, mas nem sempre distinguir o mérito do demérito ou definir as fronteiras da correção do agir funcionar são operações muito simples.

A indefinição se torna ainda mais grave quanto mais se associem atributos institucionais como a independência funcional ou a intercessão com agentes políticos ou de poder. Não raras vezes, a garantia da independência e o incômodo a poderosos embaçam as marcas definidoras da licitude, de modo a legitimar a correição.

O critério menos oneroso para estabelecer essas linhas é dado pela cláusula da "abusividade", um limite imanente a toda atividade funcional, mesmo àquelas caracterizadas pela independência no exercício da função. O abuso de prerrogativas ou o exercício imoderado de competência é motivo suficiente para correição. Na prática, porém, apenas situações excepcionais se poderiam, sem margem a questionamentos, cair nos domínios da abusividade.

A saída, típica do mundo jurídico, é se estabelecerem, *a priori*, prescrições de condutas que separem a licitude do seu contrário. Um código de conduta é a legalidade levada ao espaço da correição. Mas, como toda norma de direito, um código é passível tanto de crítica em abstrato, por tentar frear comportamentos que possam estar dentro das margens lícitas da atuação do agente, quanto, concretamente, ao se tentar fazer adequação – ou, para alguns, subsunção – de condutas praticadas ou omitidas ao texto normativo. É preciso notar que nenhum texto, normativo, inclusive e principalmente, está isento desse derradeiro padecimento prático.

A questão mais grave, no plano teórico, impõe-se às proibições abstratamente consideradas, pois são elas que trazem à tona a discussão dos limites instrumentais e finalísticos da atividade correicional. Uma primeira nota que se impõe é saber se, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a legalidade se deve pautar pela clareza e tipicidade. As lições desse ramo do Direito recomendam moderação em trazer do Direito Penal as fortes e necessárias exigências da legalidade.

Se a clareza dispositiva e a tipicidade normativa são os traços elementares dos criminalistas, no âmbito das sanções administrativas, seus rigores são abrandados. A convivência com cláusulas abertas como "bom comportamento", "decoro compatível", "urbanidade" e outros do gênero é relativamente bem aceita. Assim também não se imagina que se estabeleça uma tipicidade cerrada, apta a contemplar todos os eventuais desvios de conduta.

É preciso tomar cuidado com essa peculiaridade no Direito Disciplinar. Há, sem dúvida, um horizonte movediço de correção que não se deixa captar pela

fotografia fria e fixa da norma de conduta, mas isso não significa uma franquia absoluta à abertura semântica do texto como pontes para reprimendas.

A incidência de normas imprecisas requer um ônus probatório e uma carga argumentativa muito maiores, de modo a demonstrarem que tais normas não foram usadas para desvio da própria atividade correicional. Nesse campo, qualquer dúvida que haja sobre a adequação do comportamento sindicado há de ser em benefício da absolvição, *in dubio pro investigato*.

III.

Os direitos fundamentais dos correicionados devem ser, na mesma ordem de ideia, respeitados. Muitos advogam que certos sujeitos estatais, como membros do Ministério Público ou da Magistratura, estariam enquadrados naquilo que a Publicística autoritária alemã qualificou como "relação especial de poder" ou "sujeição", como forma de, se não lhes negar todos ou alguns, ao menos atenuar-lhes o âmbito de proteção de certos direitos. É preciso cuidado com essa advocacia.

O constitucionalismo democrático não admite espaços vazios de direitos fundamentais nem expropriação jusfundamental *a priori* ou *prima facie*. As exceções, no caso de juízes e membros do MP, devem estar presentes no texto constitucional ou ter previsão legal com correlação direta e imediata com o estatuto constitucional da carreira ou cargo.

Se, por exemplo, há vedação constitucional de acúmulo de cargo ou de exercício de atividade político-partidária, a atuação legislativa de desenvolvimento dessas vedações deve guardar fina correspondência com a literalidade e teleologia de sua prescrição, pelo simples e modesto *topos* de que norma redutora de direitos exige interpretação restritiva ou, se se quiser mais exatamente, estrita.

Essa constrição concretizante do legislador parlamentar se deve aplicar com maior razão e força a códigos "regulamentares". Fora desses esquadros, parece temeroso juridicamente avançar-se na disciplina das proibições que interfiram com os direitos fundamentais não excepcionados expressamente pela Constituição.

Claro está que os agentes correicionados não são cidadãos de segunda categoria, mas titulares plenos de direitos fundamentais, à exceção, repita-se, das restrições que decorram das prescrições constitucionais.

Quando se trata desse assunto em face do código de condutas ou da atividade correicional, em geral, pensa-se nos direitos de índole processual, como a garantia da ampla defesa e do contraditório ou da inibição de uso de provas ilícitas em processos administrativo-disciplinares, embora, nesse último caso, haja até quem admita seu emprego. A limitação, entretanto, vai além. Um dos mais caros e difíceis dilemas correicionais está situado no âmbito da esfera privada dos correicionados ou correicionáveis.

Os agentes públicos, pelo simples fato de serem públicos, não são desprovidos, por exemplo, do direito à intimidade e à vida privada. Por outro lado, não detêm a plenitude dos poderes, faculdades, *status* ou qualidade dos agentes privados. Aceita-

se, em direito comparado e pátrio, que haja uma cláusula de "transcendência" ou de "perturbação" que justifique eventuais intromissões na esfera privada desses agentes.

Que diz essa cláusula? Só tem relevância jurídico-sancionatória a conduta da esfera privada que comprometa seriamente a atuação institucional, a ponto de inviabilizá-la ou destituí-la de crédito e merecimento. Essa cláusula de transcendência, como se pode notar, requer também uma interpretação estrita, para não viabilizar tipificações e penalidades fundadas em pré-conceitos e discriminações disfarçadas. Orientações religiosas ou sexuais, *v.g.*, não podem gerar, por si mesmas, penalidades como o fora outrora, em nome da reputação institucional ou de outra razão supostamente pública, em verdade, escamoteadora de destilada discriminação.

A liberdade de expressão é outro direito fundamental que incomoda os muros da ilicitude disciplinar, ainda mais com o emprego das mídias sociais. Restrições a essas liberdades devem ser vistas, *a priori*, como suspeitas, a menos que mostrem fundamentos bastantes que as justifiquem.

Outra vez, pode-se valer da cláusula da transcendência ou perturbação com o devido fundamento, que supere a suspeição de desmedida interferência. Um promotor ou procurador eleitoral não pode usar das redes sociais para fazer proselitismo partidário e deve mesmo comedir-se de comunicações ou postagens que possam macular sua atuação no estrito cumprimento de seu dever institucional.

A mesma carga de restrição não se pode abater sobre outros promotores ou procuradores. Lembre-se que a Constituição proíbe a atividade político-partidária, não se podendo extrair desse preceito a vedação de se comentar sobre o estado da política. Um comentário sobre a descriminalização das drogas tampouco pode dar ensejo a punições, tanto quanto não se podem apenar discursos favoráveis ao abortamento.

A crítica a políticas legislativas, inclusive criminais, não pode ser abolida do âmbito de liberdade do membro do Ministério Público. Nem todo descuido ou inconveniência, nesse campo, devem ser tratados como falta disciplinar. Um conselho ou recomendação pode valer mais do que uma pena. Em todo caso, o abuso é não apenas autorizador, mas requisitório de intervenção correicional. É, nesse instante, no desbordar do regular exercício da liberdade que, objetivamente, afete a atuação institucional que há de entrar em cena a correição disciplinar.

IV.

O que se conclui dessas linhas é que a atividade de corregedoria, atenta ao caráter disciplinar, sem a oportunidade de análise de seu problemático emprego nos domínios administrativos ou de gestão, é tão nobre quanto difícil.

Nobre, pois, diferentemente da antipatia que parece atrair à sua função, é garantia de prestígio e de correção da atuação funcional, ainda mais em instituição como o Ministério Público, submetida às intempéries do poder político e econômico incomodado. Difícil, porque as fronteiras binárias da licitude nem sempre são claras, para impedir que a intervenção corretiva não seja, ao fim, uma violação de prerrogativas e direitos dos correicionados.

A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

[The supervisory performance of Office of Internal Affairs of Public Ministry and the independence between administrative and criminal instances]

José Roque Nunes Marques[1]

André Luiz Rocha Pinheiro[2]

Resumo: As Corregedorias do Ministério Público possuem, por excelência e por definição legal, a atribuição orientadora e fiscalizadora dos membros da instituição. A atividade fiscalizadora não configura uma finalidade em si mesma, pois visa verificar a regularidade das condutas dos Membros e avaliar o cumprimento da missão dada pela Constituição Federal. As Corregedorias são imprescindíveis ao bom funcionamento do renovado Ministério Público da Constituição de 1988, com características de resolutivo e não demandista. A atividade fiscalizadora disciplinar, de conteúdo eminentemente administrativo, não se confunde com os procedimentos penais levados a cabo, razão pela qual são independentes. Todavia, verifica que em casos específicos e determinados, a esfera administrativa pode sofrer influência da esfera penal, sendo, pois, a independência considerada relativa. Assim sendo, o presente trabalho de pesquisa procura elucidar os principais pontos da atividade fiscalizadora das Corregedorias e da independência entre as esferas administrativa e penal.

Palavras-chave: Corregedoria do Ministério Público. Atividade fiscalizadora. Independência entre as esferas administrativa e penal.

Abstract: The Office of Internal Affairs of the various branches of Prosecutors Office has, for legal definition and excellence, the duty of regulation and guiding of the Prosecutors. The guiding activity is not a goal in itself, but the regular action of the Prosecutors and their accomplishment of the mission given by the Constitution. The Office of Internal Affairs is indispensable for the proper functioning of the new Prosecutors Office since Constitution of 1988, that is anymore just the demanded, but the resolution one. The disciplinary monitoring as administrative activity is different from the criminal procedures that could result of it, that the reason why they are so independent. However, in some specific situations the criminal level effects over the administrative level, in these occasion the independence of them is considered mitigated.

1 Corregedor-Geral do Ministério Público do Amazonas (2013-2017). Mestre em Direito Ambiental. Doutor em Biotecnologia pela Universidade Federal do Amazonas (roquemarques@mpam.mp.br).

2 Agente Técnico Jurídico da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Amazonas. Especialista em Direito Processual Civil. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Pontificia Universidad Católica Argentina (andrepinheiro@mpam.mp.br).

Therefore, the research paper intends to elucidate the main points of the supervisory activity of the Office of Internal Affairs and the independence between administrative and criminal levels.

Keywords: Office Internal Affairs of Public Ministry. Supervisory Performance. Independence between Administrative and Criminal Instances.

Sumário: 1. Introdução. 2. Precedente do Ministério Público na Roma Antiga. 3. O Ministério Público a partir da Constituição da República de 1988. 4. As Corregedorias do Ministério Público e a sua Missão Legal Fiscalizadora. 5. Fiscalização e Efetividade na Atuação do Ministério Público. 6. A Atuação Fiscalizadora das Corregedorias e a Autonomia Funcional dos Membros do Ministério Público: uma Necessária Harmonização de Valores. 7. A Possibilidade Repercussão da Conduta de Membros do Ministério Público nas Esferas Penal, Civil e Administrativa. 8. A Apuração de Fatos pelas Corregedorias do Ministério Público e a Independência entre as Instâncias Administrativa e Penal. 9. Conclusão 10. Referências

1. INTRODUÇÃO

As Corregedorias do Ministério Público possuem, por definição legal e influência histórica, atribuições predominantemente fiscalizadoras, embora essas não sejam as únicas que lhes foram conferidas. Esse viés de controle é fortemente mencionado nos textos normativos que regulamentam sua existência, sendo, portanto, sua atribuição por excelência, o que pode ser compreendido a partir de uma interpretação sistemática dessas legislações, bem como de normas infralegais aplicáveis ao tema, que definem, em síntese, que a Corregedoria é órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público.

A atividade fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público não possui uma finalidade em si mesma, sendo ela instrumental para a consecução, em primeiro lugar, da adequação das condutas dos membros às balizas das normas disciplinares que lhes são aplicáveis e, em segundo lugar (mas não necessariamente nesta ordem de relevância), da verificação do cumprimento da missão definida no art. 127, *caput*, da Constituição de 1988, qual seja, de que cabe ao Ministério Público defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Fala-se, neste ponto, em objetivos imediatos e objetivos mediatos das Corregedorias do Ministério Público.

Com o novo perfil constitucional delineado pela Constituição de 1988, colocando o *Parquet* como uma instituição resolutiva, que preza a efetividade de suas ações, sobretudo por intermédio de instrumentos extrajudiciais que lhes são ofertados, abandonando-se qualquer ranço de uma instituição demandista e pouco efetiva, as Corregedorias tiveram que acompanhar essas mudanças, equacionando o foco de sua atuação para exatamente contribuir com o cumprimento da missão dada ao Ministério Público pela Constituição.

Uma prova desse movimento foi a publicação, em 22 de setembro de 2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, da denominada Carta de Brasília, que trata sobre as diretrizes para a modernização do controle da atividade extrajurisdiscional pelas Corregedorias do Ministério Público, bem como

o fomento à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro, onde se define que "as Corregedorias constituem-se em Órgãos de Controle e Indução da Efetividade e de Garantia da Unidade Institucional do Ministério Público".[3]

Dessa forma, é relevante e necessária a atuação das Corregedorias como órgãos de controle, fiscalização e indutor da efetividade das ações, sendo inócua qualquer discussão quanto à legalidade da atividade, sobretudo, fiscalizatória, ao argumento de que tal atuação, de per se, poderia violar princípios valorosos como o da independência funcional. Em verdade, o que há é a ponderação de valores que, ao final da operação, revelam a necessidade de ação para a proteção de bens tão valiosos quanto à independência funcional.

Em sua atuação, seja por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, as Corregedorias possuem ampla liberdade. Obviamente, não poderão ser desatendidos princípios basilares como o da legalidade, o do devido processo legal, o da razoabilidade, o da independência funcional, dentre outros.

Assim sendo, a atividade de fiscalização das Corregedorias do Ministério Público é uma missão dada pela lei e necessária ao cumprimento efetivo dos deveres funcionais por parte dos membros, bem como para o bom desempenho da missão que foi atribuída pela Constituição de 1988, que é de proteger toda a sociedade.

A apuração de fatos no campo administrativo pelas Corregedorias do Ministério Público é independente da apuração de fatos na esfera penal. É dizer que há uma independência entre ambas as esferas, já que o andamento de uma, em regra, não influencia no andamento da outra. Entretanto, verifica-se que em situações específicas e excepcionais o andamento da persecução penal pode influenciar no andamento do procedimento em trâmite na esfera administrativa, o que conduz à ideia de que a independência entre as instâncias é relativa.

2. PRECEDENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ROMA ANTIGA

Embora não seja o foco do presente trabalho, o esgotamento do estudo da evolução do Ministério Público no Brasil ou no mundo, torna-se necessário fazer referência a um dado histórico, que em muito contribui para a compreensão do espírito e ideologia que recaem sobre a instituição.

Na Roma Antiga, os "censores", que pertenciam à magistratura ordinária, eram figuras que em muito se assemelham ao que hoje se conhece por Ministério Público, respeitadas as peculiaridades de cada época. Os ditos censores tinham a missão de censurar atos, públicos ou privados, que violassem a moral pública. Sobre os eles, faz-se importante transcrever a seguinte elucidação:

> Os censores eram eleitos a cada cinco anos e atuavam dezoito meses (um ano e meio). Sua função era preparar as listas dos cidadãos e senadores com as altas e baixas. As altas estavam dadas pela introdução ao Senado

3 A Carta de Brasília pode ser acessada integralmente no endereço eletrônico <www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRASÍLIA.pdf>.

> de membros que tinham lista de senadores, mas não ocupavam bancas por falta de vagas. As baixas se davam pela morte, renúncia ou castigo dos censores. Eram custodiadores da moral pública, censurando atos públicos e privados.[4]

Percebe-se, dessa maneira, que as atribuições dos censores eram, por assim dizer, um esboço, um aceno influenciador do que hoje conhecemos por Instituição Ministério Público no Brasil, porquanto sua missão primordial era custodiar a moral pública e censurar atos públicos e privados, extraindo-se daí, a partir de uma interpretação ontológica, a presença do dever de proteção, ligada ao termo "custodiar" e o dever de fiscalização, ligado ao termo "censurar".

A moral pública, na Roma Antiga, deveria ser tutelada pelos censores, como visto, isso porque, moral, no sistema romano antigo era verdadeira norma. Clovis Bevilaqua (1929, p. 41), em clássica lição, explica o porquê da importância da tutela da moral pública:

> Outra fonte subsidiária do direito civil patrio, segundo a Ord. 3, 64, era o direito romano, que, para ser aplicável à solução das pendencias jurídicas, devia mostrar-se conforme á bôa razão. A lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, explicando o que se haveria de entender pela bôa razão jurídica, declarou que os preceitos do direito romano deviam ser afastados: 1º quando se fundassem em superstição ou costumes particulares do povo romano; 2º nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações christãs. **E estabeleceu, como princípio geral decisivo, que os mesmos preceitos do direito romano tinham somente valor, no direito civil patrio, pelas regras de moral e equidade, que contivessem.** (grifos dos autores).

Dessa forma, verifica-se que na Roma Antiga se pode encontrar atividade semelhante à que hoje é atribuída ao Ministério Público no Brasil, embora com formatação diferente e adequada cada uma à sua época.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Na Constituição brasileira de 1988, o art. 127, situado no Capítulo IV, que trata sobre as Funções Essenciais à Justiça, dispõe 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".[5] Tal disposição merece destaque por dois aspectos relevantes: o primeiro, sua disposição topográfica; o segundo, seu conteúdo.

4 Tradução livre: "Su función era preparar las listas de los ciudadanos y senadores con las altas y bajas. Las altas estaban dadas por la introducción al Senado de miembros que tenían el rango de senadores, pero no ocupaban bancas por falta de vacantes. Las bajas se daban por muerte, renuncia o castigo de los censores. Eran custodios de la moral pública, censurando actos públicos y privados.

5 Art. 127. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

No que se refere à sua localização, diferentemente do que ocorrera na Constituição de 1969, em que o Ministério Público havia sido posto em uma das seções reservadas ao Poder Executivo (art. 94, *caput*, Seção VIII, Capítulo VII), bem como na Constituição de 1967, em que o Ministério Público também permaneceu na seção destinada àquele Poder (Seção VII, Capítulo VII), a Constituição de 1988 lhe ofertou espaço adequado, inaugurando o capítulo que trata das funções essenciais à justiça, apartado dos outros Poderes do Estado. Essa medida, longe de configurar singelo capricho, era necessária e pôde ser traduzida como a manifestação constitucional da independência, autonomia e especial condição do Ministério Público perante a ordem jurídica brasileira.

No que tange ao seu conteúdo, ressalte-se a importância à missão dada ao Ministério Público. Como instituição permanente, não pode ser suprimida, pois é como cláusula pétrea, sendo absolutamente vedada alteração tendente a reduzir a feição constitucional que lhe foi atribuída. Como essencial à função jurisdicional do Estado, não é possível existir atividade jurisdicional sem a existência do Ministério Público. Na função de fiscal da ordem jurídica, cabe-lhe zelar não somente pelas leis, mas por todo o ordenamento jurídico.

Houve, então, sensível mudança do objeto de fiscalização, transmudando-se de "lei" para "ordem jurídica", que traz densidade semântica diametralmente diversa.

Nesse particular aspecto, é ultrapassada a ideia de que ao Ministério Público cabe a fiscalização da lei, em acepção estrita, já que, em verdade, o que deve ser observado e preservado é o ordenamento jurídico como um todo, composto por normas constitucionais, pactos internacionais ratificados pelo Brasil (que compõem o denominado bloco de constitucionalidade), bem como as normas constantes na legislação infraconstitucional.

Assim sendo, alterou-se o perfil do Ministério Público, de simples demandista, muito atuante no campo judicial, para um Ministério Público resolutivo, que transforma a sociedade no campo extrajudicial, num trabalho em que é protagonista da própria história.

Diz-se, pois, que o Ministério Público passou de *custos legis* para custos societatis, conforme a lição a seguir reproduzida:

> Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*).

Não se pode olvidar que o Ministério Público brasileiro possui configuração ímpar quando é confrontado com os Ministérios Públicos de outros países. De uma Instituição burocrática e estática, comumente associada só à persecução penal, o Ministério Público brasileiro revela-se verdadeira instituição transformadora, podendo influenciar concreta e diretamente nos destinos da sociedade, seja pelos instrumentos que lhe foram outorgados para atuação fora das bailas da justiça –

que, diga-se, *en passant*, com graduada relevância em tempos hodiernos – seja por sua ampla capacidade de atuação na judicialização de questões que lhes sejam submetidas.

Por tais razões, operou-se verdadeira transformação, ao menos no texto da norma constitucional, das atribuições do Ministério Público, ao atuar diretamente na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O Ministério Público é o maior protetor da sociedade.

4. AS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A SUA MISSÃO LEGAL FISCALIZADORA

A atividade das Corregedorias do Ministério Público tem como foco principal a atuação na orientação e fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos membros, sendo essa a sua função típica, atribuída pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no *caput* do art. 17.[6] O Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, por seu turno, também deixa evidente a atribuição fiscalizadora a cargo do corregedor nacional, no art. 18 (I a XVIII).[7]

A Lei Complementar nº 75/1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público da União, assinala, em matéria de Corregedoria, a atribuição fiscalizadora das atividades funcionais da conduta dos membros do Ministério Público, como bem se depreende da leitura do art. 63[8] (Corregedoria do Ministério Público Federal), do art. 104[9] (Corregedoria do Ministério Público do Trabalho), do art. 137[10] (Corregedoria do Ministério Público Militar) e do art. 172[11] (Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios).

Diante da leitura da legislação apontada, torna-se inconteste que uma das funções (mas não somente) das Corregedorias do Ministério Público é a fiscalização das atividades de seus membros, conforme se depreende da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, das Leis Orgânicas Estaduais e reforçada por norma infralegal, a exemplo do Regimento Interno da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

6 "Art. 17. A Corregedoria-Geral do Ministério Público é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições" Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

7 "Art. 18 Além de outras competências que lhe sejam conferidas por lei ou por este Regimento, ao Corregedor Nacional compete" (BRASIL, CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público; Conselho Nacional do Ministério Público; Brasília: CNMP, 2015, p. 14).

8 Art. 63. A Corregedoria do Ministério Público Federal, dirigida pelo Corregedor-Geral, é o órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

9 Art. 104. A Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, dirigida pelo Corregedor-Geral, é o órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

10 Art. 137. A Corregedoria do Ministério Público Militar, dirigida pelo Corregedor-Geral, é o órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

11 Art. 172. A Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, dirigida pelo Corregedor-Geral, é o órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 3 fev. 2017.

A redação clarividente das normas mencionadas, cada uma delas afirmando categoricamente a função das respectivas Corregedorias, possui o escopo de reafirmar aos destinatários da atividade fiscalizadora a relevância e destinação como órgãos de controle e fiscalização. Ademais, para que as próprias Corregedorias não olvidem ou se afastem de suas atribuições.

5. FISCALIZAÇÃO E EFETIVIDADE NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Constrói-se, aqui, o argumento de que a atividade fiscalizatória possui, em suma, dois objetivos, sendo o primeiro deles imediato, ou seja, a verificação do descumprimento dos deveres funcionais pelos membros do Ministério Público, bem como o mediato, que é a verificação da conformidade da conduta dos membros com as funções constitucionais.

Como se verifica nas normas que regem o tema, em especial a Lei Orgânica nacional do Ministério Público, bem como no Regimento Interno da Corregedoria Nacional do Ministério Público, a atuação primeira da Corregedoria se dá para a verificação de eventual descumprimento dos deveres funcionais por parte do membro do Ministério Público.

Nesse aspecto, tem-se que o objetivo imediato de tal fiscalização é a apuração de determinadas condutas comissivas ou omissivas que representem violação aos deveres funcionais impostos pela legislação nacional, bem como pela norma de regência específica de cada Ministério Público.

Detectada a possibilidade de que tenha havido desvio no cumprimento dos deveres funcionais, a Corregedoria, então, instaura o procedimento adequado para cada caso e leva a cabo a sua investigação, adotando as providências cabíveis, de acordo com o resultado da instrução da investigação.

Nesse caso, verifica-se que a função primeira da atuação fiscalizadora das corregedorias é investigar a adequação das condutas dos membros do Ministério Público aos deveres funcionais que lhes são impostos. Trata-se de objetivo imediato da fiscalização.

A Constituição dá validade a todas as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro e irradia seus efeitos sobre ele. Assim sendo, na interpretação de uma norma infraconstitucional, o responsável por esse exercício deverá ao máximo levar em consideração as disposições constantes no texto da Norma Fundamental.

É por isso, dentre outras razões, que se pode afirmar que o objetivo mediato da atividade de fiscalização das atividades e condutas dos membros do Ministério Público tem por escopo fazer cumprir fielmente o dever de proteção da sociedade imposto ao *Parquet*.

Nesse aspecto, se determinado membro dispensa testemunhas imprescindíveis para a comprovação do delito e, após isso, pede indevidamente a absolvição do réu, está protegendo deficientemente a sociedade. Se determinado membro deixa

de atuar em autos de inquérito civil injustificadamente e por largo espaço de tempo, está desguarnecendo a sociedade. Se um membro deixa de requerer as medidas necessárias para a salvaguarda de direitos difusos e coletivos que lhe era de obrigatória observância, inevitavelmente está agindo aquém do que determinou a Constituição.

Assim sendo, o zelo pelo cumprimento dos deveres funcionais pode ser relacionado, outrossim, com a salvaguarda do dever constitucional dado ao Ministério Público, ainda que reflexamente, o que se optou por chamar de objetivo mediato.

6. A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS E A AUTONOMIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO DE VALORES

É cediço que as fiscalizações levadas a cabo pelas Corregedorias, embora constituam seu papel típico e legítimo, não podem avançar sobre valores institucionais, os quais possuem estatura igualmente importante. Daí a necessidade de afirmar que unidade, indivisibilidade e independência funcional, princípios institucionais expressamente previstos no art. 127, § 1º, da Constituição, são garantias da sociedade e, quando utilizado dentro dos limites estabelecidos pela lei, não podem ser olvidados pelas Corregedorias ou qualquer outro órgão da Administração Superior.

A independência funcional dos membros do Ministério Público não é passível de violação, sob pena de desconstruir o próprio projeto constitucional pensado para a instituição, ou seja, só há que se falar em atuação efetiva se houver real independência funcional de seus integrantes.

Há que se ressaltar que a independência funcional dos membros foi pensada para deixá-los livres de qualquer influência ou pressão externa, permitindo que esses fiquem vinculados tão somente à sua própria consciência e à lei. No entanto, como já decidiu o Conselho Nacional do Ministério Público:

> A independência funcional constitui princípio inerente aos membros do MP, quando no exercício de suas atividades. Mas é certo também, que tal princípio não garante uma atuação travestida de ilegalidade e arbitrariedade, mormente quando chega a inverter a destinação institucional do MP, como na hipótese em tela (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR 0.00.000.001427/2009-71. RELATOR CONSELHEIRO JEFERSON LUIZ PEREIRA COELHO).

Imaginar que a atividade fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público pudessem, por si só, constituir afronta à independência funcional seria dizer que tais atividades são inconciliáveis, constituindo-se uma dicotomia. Sobre o tema, uma lição útil pode ser obtida em Norberto Bobbio (2005, p. 14):

> Podemos falar corretamente de uma grande dicotomia quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade de: a) dividir um universo em duas esferas, conjuntamente

> exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenham lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se referem devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

Sobre tal temática, onde se faz necessário harmonizar a independência funcional dos membros do Ministério Público com a atuação das Corregedorias, sem que essa última possa representar ingerência indevida naquele princípio, pode-se dizer que tal operação (de ponderação) é exatamente a que se faz em relação ao equilíbrio entre princípios. De um lado, a independência funcional e, de outro, o interesse público de ver funcionar efetivamente a atividade ministerial.

Em se tratando de harmonização de princípios, ao contrário do que se passa com as regras, que, em termos de cumprimento se aplica o "tudo ou nada", os princípios dependem diretamente das oportunidades reais e jurídicas postas em cada situação concreta, razão pela qual se pode afirmar que a sua satisfação poderá ser realizada em distintos graus.

7. A POSSIBILIDADE REPERCUSSÃO DA CONDUTA DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS ESFERAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA

As condutas dos membros do Ministério Público que ensejem atuação fiscalizadora das Corregedorias podem, a um só tempo, produzir efeitos nas esferas penal, civil e administrativa, a depender do que tenha ocorrido no contexto fático, bem como daquilo que esteja enunciado pelas normas de cada um desses ramos. Classicamente, a divisão em esferas penal, civil e administrativa é feita porque cada uma dessas áreas possui objetos distintos de tutela.

A possibilidade de produção simultânea de efeitos nas três esferas (penal, civil e administrativa) é decorrência natural da teoria dos fatos jurídicos, bem delineada nas lições de Direito Civil, desde o Direito Romano. Tem-se que um fato, desde que juridicamente relevante, não poderá ser observado de forma apartada de todo o sistema político implementado, mas, ao contrário, tal fato o integra e influencia direta e necessariamente em seu funcionamento, já que esse sistema político funciona com a soma das totalidades das áreas por ele definidas.

Ademais, é possível afirmar que se trata de decisão política a possibilidade de repercussão simultânea de um fato em variadas esferas de competência, isso porque, segundo as regras democráticas, em que prevalece a vontade das maiorias – conquanto seja possível observar, hodiernamente, o fortalecimento das demandas das minorias e seus instrumentos de efetivação, como a desobediência civil, representação parlamentar etc. – é decorrência da vontade legiferante, ou mesmo do Poder Executivo, a sistematização de bens jurídicos em sistemas de

proteção e a determinação do grau de suficiência de proteção de tais bens, seja com exclusividade ou com simultaneidade pelas esferas penal, civil e administrativa.

Não há óbice, pois, que uma só conduta possa produzir efeito jurídico relevante nas esferas penal (conduta reprovada e tipificada em Lei), civil (ocorrência de dano) e administrativa (descumprimento dos regulamentos administrativos), num só tempo.

8. A APURAÇÃO DE FATOS PELAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

Esclareça-se que o que está sob análise é o cenário em que um fato produz efeitos nas esferas administrativa e penal, concomitantemente, desprezando-se os efeitos na esfera civil porque não é o objeto do presente estudo.

Ao produzir seus efeitos em mais de um campo de atuação, determinado ato ilícito pode ensejar a responsabilização do membro do Ministério Público em todas elas, mas cada uma das responsabilidades será levada adiante por órgão competente (GARCIA, 2017).

A atuação na esfera administrativa, eminentemente disciplinar, pode ser deflagrada por iniciativa da própria Corregedoria ou por provocação do interessado. A atuação por iniciativa própria decorre da própria natureza legal de órgão de controle, pois cabe a este a fiscalização das atividades dos membros do Ministério Público, não sendo necessário aguardar a provocação de terceiros.

Segundo Hely Lopes Meireles (2003, p. 470):

> Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação da pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal (v. cap. XI, item III).

A atuação após provocação de terceiros, por seu turno, decorre do próprio direito constitucional de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, a, da Constituição Federal,[12] já que a qualquer um é possível levar ao conhecimento de autoridades a existência de fato que mereça apuração.

O procedimento disciplinar (sentido amplo) pode ter natureza variada, de acordo com a legislação específica aplicável a cada Corregedoria e a depender de onde esteja vinculada. Neste trabalho, somente será considerada a atuação administrativa disciplinar em sentido amplo, não sendo feita distinção em suas diversas frentes, como as Reclamações Disciplinares, Sindicâncias e/ou Inquéritos Administrativos e Processos Administrativos Disciplinares (Tabelas Unificadas).

12 Art. 5.º (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

Pois bem. Tão logo deflagrado o procedimento na seara administrativa, é possível que o mesmo fato possua relevância penal, ensejando também a instauração de processo judicial criminal, precedido ou não de Procedimento de Investigação Criminal (PIC). Caso a notícia esteja satisfatoriamente clara no que se refere aos indícios de autoria e à prova de materialidade, poderá ser deduzido pedido em juízo diretamente, sem necessidade de apuração precedente.

O fato é que, independentemente do andamento do processo na esfera penal, o procedimento em âmbito administrativo possui regular tramitação, não sofrendo influência da marcha processual dada àquele que corre no campo penal. Assim sendo, não importa se o investigado na esfera administrativa pelas Corregedorias do Ministério Público seja denunciado ou esteja em fase de apresentação de alegações finais no curso de processo judicial penal. O ritmo dado ao procedimento administrativo é peculiar, não sofrendo alterações em função da instância penal.

Como leciona Hely Lopes Meireles (2003), a punição administrativa ou disciplinar não depende de processo criminal ou civil a que esteja sujeito o servidor pela mesma falta, e tampouco obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos.

Um exemplo capaz de corroborar essa linha de pensamento é encontrado em um julgado do Supremo Tribunal Federal, que resultou na seguinte ementa:

> EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Processo administrativo. Falta disciplinar. Exclusão da corporação. Ação penal em curso, para apurar a mesma conduta. Possibilidade. Independência relativa das instâncias jurisdicional e administrativa. Precedentes do Pleno do STF. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Apresenta repercussão geral recurso que versa sobre a possibilidade de exclusão, em processo administrativo, de policial militar que comete faltas disciplinares, independentemente do curso de ação penal instaurada em razão da mesma conduta. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 691.306 MATO GROSSO DO SUL. RELATOR MINISTRO CEZAR PELUSO).

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se, categoricamente, sobre a independência entre as instâncias administrativa e penal:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. ESCRIVÃO DE POLÍCIA. DEMISSÃO. SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. ANÁLISE DA PROVA. DESCABIMENTO NO ÂMBITO RESTRITO DO *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ANALISAR O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONSELHO SUPERIOR DE POLÍCIA. LEGALIDADE. A esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não-ocorrência do fato

> ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos, em que a absolvição veio lastreada no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, ou seja, por insuficiência de provas. É inviável, em sede de mandado de segurança, rediscutir as provas produzidas no processo administrativo-disciplinar e o mérito da decisão final nele proferida. Qualquer manifestação do Poder Judiciário somente pode cingir-se a possíveis ilegalidades, sob pena de intervenção nos critérios de conveniência e oportunidade do administrador, afrontando a independência dos poderes. A presença de membro do Ministério Público o Conselho Superior de Polícia não contraria o disposto no art. 128, § 5º, inciso II, letra 'd', da Constituição Federal, uma vez que as funções afetas ao referido Conselho são compatíveis com a finalidade do Ministério Público. SEGURANÇA DENEGADA. UNÂNIME. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.375 - RS 2010/0106308-3) RELATOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES.

Tal esclarecimento é necessário porque esses casos são especificidades à regra de separação entre as esferas administrativa e penal, ou seja, conduzem à ideia de que tal independência não é completamente absoluta, sofrendo influência da esfera penal em algum momento.

Na esfera penal, deve-se ter em consideração que se está falando de pedido deduzido em juízo com o propósito de imputar responsabilidade a determinado sujeito. Isso para que não se confundam como pertencentes à esfera penal os procedimentos inquisitórios administrativos, a exemplo do Procedimento de Investigação Criminal, que pode existir em fase precedente ao do processo judicial.

O Procedimento Investigatório Criminal surge quando há necessidade de melhor elucidação de fatos com repercussão no campo penal, praticados pelo membro do Ministério Público. Como já fora destacado, a existência do Procedimento Investigatório Criminal em nada influi no andamento do procedimento administrativo disciplinar em curso contra o mesmo investigado, havendo incontestável independência entre um e outro.

Já no que se refere às demandas judiciais na esfera penal, merecem destaque algumas considerações que demonstram ser relativa a independência desta com a administrativa, desde que se enquadre em uma das hipóteses de exceção.

Assim, sendo julgada a pretensão deduzida na ação penal, ela fará coisa julgada na esfera administrativa sempre que reconhecer: a) ter o ato sido praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito (arts. 65 e 386, V, do Código de Processo Penal); b) a inexistência material do fato ou negativa de autoria (arts. 66 e 386, I, do Código de Processo Penal) ou circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 386, V, do Código de Processo Penal); e c) existência material do fato e quem seja o seu autor (art. 935 do Código Civil), ressaltando-se que esses efeitos só alcançam os fatos discutidos no curso do processo, sendo livre o valor dado aos demais (GARCIA, 2017).

Se houver absolvição por ausência de provas (art. 386, II, IV e VI, do Código de Processo Penal) ou por não constituir, o fato, infração penal, (art. 386, III, do Código de Processo Penal), a questão pode ser amplamente examinada na esfera administrativa. Igualmente ocorrerá quando for deflagrada a ação penal e houver o arquivamento do procedimento inquisitorial respectivo (art. 67, I, do Código de Processo Penal) (GARCIA, 2017).

Por fim, convém destacar os ilícitos penais praticados por membros do Ministério Público não decorrentes da atuação funcional, com total desvinculação dos deveres do cargo, denominados pela doutrina de crimes não funcionais. Nesse caso, a sentença absolutória sempre terá influência na esfera administrativa, porque a competência para avaliar as provas era exclusiva do Poder Judiciário (GARCIA, 2017).

Assim sendo, verifica-se que, embora haja independência entre as instâncias administrativa e penal que apurem os efeitos do mesmo fato praticado por membro do Ministério Público, em dado momento essa independência será relativizada, porque como se vê, as decisões penais repercutem direta e definitivamente na seara administrativa.

Vislumbra-se, ainda, a possibilidade de efeitos de condenação criminal por fato típico praticado por membro do Ministério Público. O art. 92, inciso I, alíneas "a" e "b", do Código Penal Brasileiro,[13] estabelece como efeito da condenação criminal a perda do cargo, função pública ou mandado eletivo:

> a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
>
> b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Nessas hipóteses, como determina o próprio Código Penal, os efeitos devem ser "motivadamente declarados" na sentença condenatória, sendo a perda do cargo decorrente de uma conduta apurada pelo Poder Judiciário, sem qualquer vinculação com a instância administrativa.

No entanto, tratando-se de membro do Ministério Público vitalício, mesmo a despeito de sentença condenatória com efeitos da perda do cargo, deve-se observar o disposto no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993:

> § 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:
>
> I - prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;
>
> II - exercício da advocacia;

13 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

> III - abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.
>
> § 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.[14]

Assim, a Ação Civil de Perda de Cargo será proposta no Tribunal competente, após autorização do Colégio de Procuradores, mesmo a despeito de a lei atribuir a sentença condenatória como um de seus efeitos a perda do cargo.

9. CONCLUSÃO

O presente estudo foi conduzido com o propósito de esclarecer quais as principais características das Corregedorias do Ministério Público, apresentando, para tanto, um breve histórico sobre a formatação do *Parquet*, desde a Roma Antiga, comparando-o com órgãos semelhantes, bem como fazendo uma comparação com o renovado perfil da Instituição (um Ministério Público resolutivo e não demandista), dado pela Constituição da República de 1988.

Essa noção introdutória serviu de base para avançar em direção ao ponto-chave da pesquisa, que era demonstrar que as Corregedorias atuam fundamentalmente na esfera administrativa disciplinar, orientando e fiscalizando as atividades e as condutas dos membros do Ministério Público. Demonstrou-se que não existe dicotomia ou incompatibilidade entre as fiscalizações levadas a cabo pelas Corregedorias e o princípio da independência funcional dos membros, já que esse último foi estruturado para a proteção da sociedade, não podendo ser subterfúgio para condutas indevidas.

Ademais, demonstrou-se que a atividade fiscalizadora, não tendo uma finalidade em si mesma, possui o objetivo imediato de olhar pelo cumprimento dos deveres funcionais pelos membros e o objetivo mediato, que é de zelar pelo efetivo cumprimento da missão constitucional do Ministério Público.

Analisou-se a possibilidade de um mesmo fato praticado por membro produzir efeito em mais de uma esfera de atuação (penal e administrativa), ensejando a instauração de procedimentos em ambas as instâncias. Um único fato possa produzir efeitos em mais de uma instância de competência, gerando procedimentos em cada uma delas, porque tais esferas são, *ab initio*, independentes.

Portanto, concluiu-se que a atividade fiscalizadora das Corregedorias do Ministério Público possuem a finalidade de zelar pelo cumprimento dos deveres disciplinares de seus membros, bem como pelo fiel cumprimento da missão constitucional do Ministério Público. Ademais, que a independência entre as esferas administrativa e penal, embora independentes, apresentam independência relativa, porquanto, em casos específicos, a decisão judicial penal influenciará na instância administrativa.

14 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 2 mar. 2017.

10. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, G. A. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FREITAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. 3. ed. Salvador: Editora JusPODVM, [S.d.].

BEVILAQUA, C. *Theoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.

BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 12. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2005.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. *Lei nº 8.625 de 1993*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>

_____. *Lei Complementar nº 75 de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp75.htm>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP. <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRASÍLIA.pdf >.

_____. *Reclamação Disciplinar 0.00.000.001427/2009-71*. Relator Conselheiro Jeferson Luiz Pereira Coelho.

_____. *Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2015.

GARCIA, E. *Ministério Público*. Organização, atribuições e regime jurídico. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LORENZO, R. J.; LORENZO, J. E. *Roma derecho e historia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

MEIRELES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *Recurso em Mandado de Segurança nº 32.375 - RS (2010/0106308-3)*. Relator Ministro Mauro Campbell Marques.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 691.306 Mato Grosso do Sul*. Relator Ministro Cezar Peluso.

A FISCALIZAÇÃO DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

[The Fiscalization of the Public Prosecution's Offices of Professional Responsibility and Illicit Enrichment]

Paulo Rubens Carvalho Marques[1]

> Conquanto a enorme maioria dos seus membros seja composta de mulheres e homens dedicados e dignos, não são exatamente poucos nem desimportantes os casos que têm merecido atuação, originária ou revisional, do CNJ e do CNMP, os quais precisaram aplicar, numerosas vezes, as penas máximas a eles permitidas pelo ordenamento jurídico (Parecer nº 4.307/2015-AsJConst/SAJ/PGR, de 26.01.2015, na ADI 5.125/DF).

Resumo: A natureza cogente da função disciplinar pressupõe a observância do devido processo legal punitivo, que transita entre dois vetores fundamentais: a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente. Com base em tal premissa, e tendo em vista que os membros do Ministério Público, enquanto tais, vinculam-se a relações especiais de sujeição, o presente artigo visa propor reflexões sobre o exercício da atividade disciplinar no âmbito do *Parquet*, sobretudo diante de atos reveladores de enriquecimento ilícito.

Palavras-chave: Ministério Público. Repressão ao enriquecimento ilícito. Relações especiais de sujeição. Princípio da proporcionalidade. Vedação da proteção insuficiente.

Abstract: The cogent nature of the disciplinary function presupposes the observance of due punitive legal process, which transits between two fundamental vectors: the prohibition of excess and the prohibition of insufficient protection. Based on this premise, and considering that members of the Public Prosecution Service, as such, are bound to special relationships of subjection, this article aims to propose reflections on the exercise of disciplinary activity in *Parquet*, especially in face of acts Revelers of illicit enrichment.

Keywords: Public Prosecution. Repression of illicit enrichment. Special relationships of subjection. Principle of proportionality. Prohibition of insufficient protection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas sobre o regime disciplinar do Ministério Público. 2.1. Considerações iniciais. 2.2. Princípio da proporcionalidade no plano legislativo: entre a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos. 2.3. O Conselho Nacional do Ministério Público, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias Gerais. 2.4. A questão da

1 Procurador da República. Integrante do Núcleo de Combate à Corrupção da Procuradoria da República no Estado do Tocantins. Especialista em Direito pela Universidade Anhanguera e pela Escola Superior do Ministério Público da União.

independência funcional. 2.5. A questão do enriquecimento ilícito nos estatutos funcionais. 3. Atuação fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público. 3.1. Feixe de competências funcionais. 3.2. Diretrizes para o exercício da competência disciplinar. 3.2.1 Produção probatória e apuração do enriquecimento ilícito. 4. Afastamento cautelar de membro do Ministério Público e princípio da presunção de inocência. 5. Conclusão 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público é instituição vocacionada à realização dos objetivos fundamentais da República proclamados no art. 3º, incisos I a IV, da Constituição Federal, o que compreende o enfrentamento de desmandos e ilegalidades praticados por particulares ou pelo próprio Estado. Não sem razão já se disse que o constituinte converteu o *Parquet* em "verdadeiro corregedor dos poderes estatais, quanto à observância dos direitos fundamentais"[2].

Para o exercício dessa missão constitucional, muito mais do que preparo técnico, exige-se dos membros do Ministério Público que se notabilizem por sua rigidez ética e pelo compromisso de bem servir ao público, sendo-lhes intoleráveis condutas desviantes, especialmente aquelas que importem em enriquecimento ilícito.

Acedendo à provocação do procurador de Justiça Ruy Luiz Burin, "como seria possível permitir-se a existência de um Ministério Público, que é povo, que é sociedade, que é comunidade, se um dos seus membros, no meio desse povo e dessa comunidade, se revela falso, inconfiável, ímprobo e indigno? Qual o tamanho desse desespero?"[3].

É nesse contexto que se enquadra a atuação da Corregedoria, que visa não só otimizar a eficácia social da atuação dos órgãos do Ministério Público, como também, e sobretudo, zelar pela regularidade da prestação dos serviços ministeriais, mediante orientação, fiscalização e, se for o caso, adoção de providências disciplinares.

Com o presente artigo, pretende-se abordar a temática do enfrentamento do enriquecimento ilícito pela Corregedoria Nacional do CNMP e pelas Corregedorias-Gerais dos ramos do Ministério Público da União e dos estados.

Para tanto, serão traçados rápidos delineamentos sobre o regime disciplinar do Ministério Público, bem como abordada a incidência do princípio da proporcionalidade, tanto no plano legislativo quanto em sede de aplicação das normas disciplinares, com vistas ao necessário equilíbrio entre a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados.

Também serão analisados os reflexos dos deveres especiais de sujeição dos membros nas atividades de fiscalização das Corregedorias do Ministério Público, sobretudo quanto à adoção de medidas cautelares, bem como examinadas as possibilidades de produção das provas na esfera disciplinar.

2 NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 542.

3 Apud SILVA, Cláudio Barros. Os atributos da dignidade, os valores e a responsabilidade dos membros do Ministério Público. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público,* Brasília, v. 1, n. 2, p. 215, jul./dez. 2011.

2. NOTAS SOBRE O REGIME DISCIPLINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1. Considerações iniciais

O regime jurídico-disciplinar do Ministério Público, integrante do Direito Administrativo Sancionador, reclama a edição de lei formal para a estatuição de deveres funcionais e condutas proscritas, bem como para a previsão de infrações disciplinares e cominação das respectivas sanções.

Conquanto se possa falar num *Ministério Público Nacional*[4], institucionalmente orientado para o interesse público e o bem comum, essa unidade não se confunde com unidade em termos de organização federativa, o que é reforçado pelo disposto no § 5º do art. 128 da Constituição da República[5].

Nessa quadra, a descrição das infrações disciplinares e das correspondentes sanções, bem como a disciplina das questões procedimentais e da temática da prescrição, deve se dar no âmbito de cada esfera federativa, havendo certa liberdade de conformação do legislador, que pode transitar entre as balizas da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente.

No caso dos ramos que compõem o Ministério Público da União (MPU), o estatuto disciplinar dos membros é regulado pela Lei Complementar nº 75/1993, que prevê as seguintes sanções disciplinares: advertência, censura, suspensão [até 90 dias], demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade (art. 239).

Já no caso do Ministério Público dos estados, cada unidade federativa conta com Lei Complementar que disciplina o estatuto dos seus membros, o que totaliza 26 diplomas legislativos.

É relevante notar que a Lei nº 8.625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, não previu tipos ou sanções disciplinares, limitando-se a regular, em seu art. 38, as hipóteses e o regramento mínimo para a perda do cargo do membro vitalício do Ministério Público.

Com efeito, diante desse cipoal legislativo, a análise comparativa dos inúmeros estatutos do Ministério Público revela clara ausência de uniformidade entre os tipos disciplinares, as sanções, a correspondência entre as infrações e as penalidades, as espécies procedimentais, a distribuição interna das competências administrativas para instaurar e conduzir procedimentos e aplicar sanções, e as regras de prescrição (definição dos marcos temporais e regras para a contagem e interrupção dos prazos).

São inegáveis as dificuldades decorrentes dessa multiplicidade de diplomas normativos, sobretudo para o exercício das competências constitucionalmente

4 Expressão consagrada por José Adércio Leite Sampaio, traçando paralelo não só com o Judiciário, mas com a própria paginação da República Federativa do Brasil (cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, 2013, p. 1521 – obra coordenada por Ingo Sarlet e outros).

5 CR, art. 128. § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: [...] II - as seguintes vedações: [...].

atribuídas ao CNMP, o que aliás já foi reconhecido pelo Plenário do Conselho no bojo do Pedido de Providências nº 532/2010-97, conforme o seguinte trecho do voto do Conselheiro Cláudio Barros:

> Essa complexidade e grande diversidade têm levado, em regra, à impunidade na matéria administrativo-disciplinar, fato que expõe a Instituição e seus Órgãos de controle interno e, como se tem experimentado, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público. O mais grave é que para fatos idênticos, se tem resultados diversos em cada unidade do Ministério Público.

De todo modo, considerando as discussões atuais sobre as tabelas unificadas do Ministério Público, Gregório Assagra e Eduardo Aquino defendem que os procedimentos previstos nos diversos diplomas legislativos podem ser reconduzidos a três gêneros de procedimentos, a saber: "(1) a reclamação disciplinar, de caráter informativo preliminar, não punitivo; (2) a sindicância/inquérito administrativo, de caráter investigativo inquisitorial, não punitivo; e (3) o processo administrativo disciplinar, de caráter processual contraditório, com possibilidade de punição"[6].

Mas é preciso ir além. A fim de aperfeiçoar as atividades fiscalizatórias e evitar desfechos antagônicos para condutas similares, impõe-se a realização, no âmbito da Corregedoria Nacional, de trabalho técnico de sistematização dos mais variados aspectos disciplinares dos diversos "Ministérios Públicos", tais como: a) deveres funcionais e proibições; b) sanções disciplinares previstas, com indicação das possibilidades normativas de conversão de penas; c) correlação dos deveres funcionais com as sanções previstas; d) aspectos da reincidência (requisitos temporais, reabilitação, influência na capitulação das sanções disciplinares); e) regras de competência para a aplicação das sanções, indicando-se, inclusive, se a autoridade incumbida de aplicar a penalidade exerce competência vinculada[7]; f) hipóteses de suspeição e impedimento; g) medidas cautelares[8]; h) prazos e causas interruptivas e suspensivas da prescrição[9]; i) hipóteses de cabimento de recursos (natureza, competência para apreciação, prazos, peculiaridades); j) hipóteses de cabimento do instituto da "revisão disciplinar" previsto nas Leis Orgânicas[10]; e l) identificação da legislação subsidiária aplicável em cada esfera, mormente a partir das balizas fixadas pelo art. 80 da Lei nº 8.625/1993.

A sistematização e a análise comparativa de tais aspectos frente às inúmeras leis complementares, certamente contribuiriam para maximizar a capacidade de atuação da Corregedoria Nacional, possibilitando respostas mais rápidas e seguras

6 ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino. Ética na persecução da Justiça: os modelos disciplinares de Brasil e Estados Unidos. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 433, 2016.

7 O que ocorre, por exemplo, no MP/RS (vide art. 154 do respectivo Estatuto Funcional).

8 Com respostas a indagações como: se há previsão de "afastamento cautelar e preventivo"? Ou ainda se é necessária deliberação para o afastamento ou se este consiste em efeito automático do ajuizamento de ação civil para perda do cargo (e.g., LC 75, art. 208).

9 O exame dos aspectos atinentes à prescrição permitiria a criação, na Corregedoria Nacional, de rotina de trabalho ajustada a tais informações, como o estabelecimento de critérios para a fixação do prazo de sobrestamento da RD, minimizando, por conseguinte, a possibilidade de extinção da punibilidade.

10 Revisão esta que, s.m.j., não se confunde com a "revisão disciplinar" referida no art. 130-A, § 2º, IV, da CF, de maior amplitude.

em face das demandas disciplinares, além de favorecer a consolidação de doutrina sobre o Direito Disciplinar do Ministério Público.

2.2. Princípio da proporcionalidade no plano legislativo: entre a proibição do excesso e a vedação da proteção insuficiente dos bens jurídicos

O princípio da proporcionalidade, aplicável a toda matéria jurídica, tradicionalmente é visto na perspectiva da *proibição do excesso*, com o escopo de condicionar a atuação estatal diante dos direitos fundamentais.

Entretanto, a Constituição da República também irradia deveres de proteção, que devem ser observados pelo legislador ou administrador, dando azo a outra faceta do princípio da proporcionalidade, no plano da *proibição da proteção insuficiente* de determinados direitos fundamentais.

No que interessa ao presente artigo, nota-se claramente que a Constituição exige a proteção adequada à ética republicana e ao direito fundamental (de natureza difusa) a uma Administração Pública proba e hígida, que se conecta diretamente com a noção de cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito (CR, art. 1º, *caput* e inciso II).

Como ressaltado pelo Ministro Celso de Melo no exame do Mandado de Segurança 24141-MC, em lição em tudo aplicável à espécie,

> Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo - traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. O sistema democrático e o modelo republicano não admitem - nem podem tolerar - a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade. Nenhum membro de qualquer instituição da República, por isso mesmo, pode pretender-se excluído da crítica social ou do alcance do controle fiscalizador da coletividade e dos órgãos estatais dele incumbidos[11].

Está-se diante de imperativo de tutela que não se circunscreve ao aspecto cível ou criminal, como se nota de um sem-número de mandamentos, explícitos ou implícitos, extraídos do Texto Constitucional, a exemplo dos arts. 37[12], 128[13] e 130-A[14].

11 STF, MS 27141 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.02.2008. Válido referir-se à constatação de Jorge Munhós, de que "há, inclusive, forte movimento internacional no sentido de pregar a sinergia entre o combate à corrupção e os direitos fundamentais, falando-se até em um direito fundamental à uma sociedade livre de corrupção" (MUNHÓS, Jorge**.** Provas e presunções sobre a evolução patrimonial desproporcional como ato ímprobo de enriquecimento ilícito. In: SALGADO, Daniel de Resende. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 562-563).

12 CR, art. 37, *caput* e § 3º, III.

13 CR, art. 128, § 5º e incisos I e II.

14 CR, art. 130-A, § 2º e incisos III e IV; § 3º, incisos I e II; e § 5º.

Lembra-se, ademais, que a efetividade dos estatutos disciplinares do Ministério Público é, em certa medida, reclamada até mesmo pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, cujo art. 11, considerando o papel decisivo do Ministério Público na luta contra a corrupção, exige dos estados que adotem "medidas para reforçar a integridade e evitar toda oportunidade de corrupção entre os membros", inclusive com normas que regulem a conduta destes.

No ponto, é oportuno referir-se à lição de Luciano Feldens, para quem, "na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um **arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental** (civis, administrativas, penais etc.)"[15].

Destarte, é relevante mencionar que o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado pelo STF como parâmetro normativo para a aferição da constitucionalidade de lei tanto no plano da proibição de excesso (ADI 855) quanto na dimensão da proibição da proteção insuficiente (ADI 3510[16]), inexistindo qualquer óbice para a análise dos estatutos funcionais do Ministério Público sob tais perspectivas.

Isso porque, como a função disciplinar se presta a densificar a ética republicana e o direito dos cidadãos ao exercício probo das funções públicas, há um piso mínimo de proteção. Pode-se dizer, ainda com amparo na lição de Feldens, que "a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido"[17].

Com efeito, embora haja, no marco da autonomia federativa, certa liberdade de conformação do legislador estadual para a definição do estatuto disciplinar do Ministério Público, isso não significa que seja tolerável a edição de diploma normativo deficitário, caracterizado pela ausência de tipos disciplinares essenciais ou de sanções minimamente adequadas para o enfrentamento de desvios funcionais graves.

Não poderia o legislador estadual, por exemplo, descrever a infração disciplinar correspondente ao enriquecimento ilícito e, ao mesmo tempo, cominar a tal conduta a penalidade de mera admoestação verbal. Do mesmo modo, seria inconstitucional a edição de lei complementar que, a pretexto de organizar o Ministério Público em determinado Estado, deixasse de regulamentar o estatuto disciplinar, ou que, de outro lado, estipulasse condições desproporcionais e irrealizáveis para a atuação da Corregedoria-Geral, acarretando o esvaziamento do espectro fiscalizatório.

O mesmo se diga quanto à fixação de prazos prescricionais exíguos ou uniformes, que pode comprometer todo o sistema disciplinar e redundar em impunidade do

15 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 91.

16 Extrai-se do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3510: "A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (Übermassverbot), mas como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). [...] Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano".

17 Op. Cit., p. 90. Para o aprofundamento da metodologia de aplicação da proibição de insuficiência, veja-se SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

infrator. É o que se vê da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Alagoas (LOMP/AL[18]), que, em seu art. 89, estabelece o prazo prescricional de 2 anos para toda e qualquer infração disciplinar, desde aquelas suscetíveis à penalidade de advertência até as que ensejam demissão.

A seu turno, a LOMP/RR prevê o exíguo prazo de 6 meses, para a prescrição das faltas puníveis com admoestação verbal, advertência ou censura (art. 161, I). Também os prazos previstos para as faltas puníveis com suspensão (um ano) e com demissão ou disponibilidade (dois anos) parecem-nos manifestamente insuficientes para o escorreito exercício da função disciplinar, especialmente diante dos mecanismos de apuração detidos pela Corregedoria-Geral e mesmo pela Corregedoria Nacional.

No ponto, convém destacar que a própria apuração da Corregedoria Nacional poderá ser sobrestada por até 90 dias, prorrogáveis, enquanto se aguarda o desfecho da apuração realizada pela Corregedoria local, na forma do art. 78, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do CNMP[19]. Ou seja, o estabelecimento de prazos prescricionais exíguos pode vir a comprometer, ainda que parcialmente, o controle externo realizado pelo Conselho Nacional.

Para finalizar, é importante ressaltar que o reconhecimento da violação do princípio da vedação da proteção insuficiente em face dos estatutos disciplinares do Ministério Público deve ser objeto de redobrada cautela, estando circunscrito a situações absolutamente excepcionais, submetidas ao filtro da *razão pública*. E isso não só em respeito à autonomia federativa, mas sobretudo para que a ideia de *proteção insuficiente* na regulamentação da competência disciplinar não reste capturada pelo interesse, cada vez menos disfarçado, de enfraquecer a instituição Ministério Público e o que ela representa para a sociedade brasileira.

2.3. O Conselho Nacional do Ministério Público, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias Gerais

Embora não haja relação hierárquica entre o Conselho Nacional do Ministério Público e os órgãos que se submetem a seu controle – eis que dotados de individualidade própria e autonomia institucional – a Constituição da República cometeu ao CNMP o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público.

Na forma do § 2º do art. 130-A da Constituição, incumbe ao Conselho: a) rever os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos

18 Lei Complementar Estadual nº 15/1996. Art. 79 - São penas disciplinares: I - advertência; II - censura; III - suspensão por até 90 (noventa) dias; IV - remoção compulsória; V - demissão; VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade. [...] Art. 89 - Extingue-se em 2 (dois) anos, a contar da data dos respectivos atos, a punibilidade das faltas apenadas com as sanções do Art.79 desta Lei, sendo a fluência desse prazo interrompida pelo ato que determinar a instauração de inquérito administrativo.

19 Regimento Interno do CNMP. Art. 78. [...] § 1º Nas hipóteses dos incisos I e II deste artigo, o Corregedor Nacional sobrestará a reclamação disciplinar, por meio de decisão que assinará ao órgão disciplinar de origem o prazo de até noventa dias, contados da comunicação, para concluir o procedimento e, ao final, remeter cópia integral do feito. § 2º O Corregedor Nacional poderá, motivadamente, prorrogar, por prazo certo, o prazo de que trata o § 1º deste artigo.

estados julgados há menos de um ano; e b) receber e conhecer as reclamações, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional da unidade do *Parquet*. Nesse caso, poderá o CNMP "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".

Para o exercício das atribuições correcionais e disciplinares, o CNMP pode se valer das seguintes classes procedimentais, todas reguladas no seu Regimento Interno[20]: I – Inspeção; II – Correição; III – Reclamação Disciplinar; IV – Sindicância; V – Processo Administrativo Disciplinar; VI – Avocação; VII – Revisão de Processo Disciplinar; VIII – Procedimento Avocado (RICNMP, art. 37).

Diversamente do que ocorre com o CNJ, que integra a estrutura do Poder Judiciário Nacional (CF, art. 92, I-A), o CNMP consiste em órgão externo à estrutura do Ministério Público (CF, art. 128, I e II). A atuação do CNMP consiste, portanto, em autêntico mecanismo de controle externo do Ministério Público, ao passo que o controle interno é exercido pelas Corregedorias Gerais e pelos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público (Procuradorias-Gerais, Colégios de Procuradores de Justiça e Conselhos Superiores).

Importante salientar que, além da competência originária concorrente em matéria disciplinar, a Corregedoria Nacional exerce o proeminente papel de zelar pelo regular e firme funcionamento das Corregedorias locais.

Nesse sentido, dispõe o art. 68 do Regimento Interno do CNMP que "a Corregedoria Nacional realizará correições ordinárias nos órgãos de controle disciplinar das unidades do Ministério Público da União e dos Estados, qualquer que seja a espécie de procedimento disciplinar e a participação do órgão no seu trâmite, para verificação do funcionamento e regularidade das atividades desenvolvidas"[21].

Vale mencionar, ainda, que todo e qualquer membro do Ministério Público brasileiro pode ser alvo da atuação disciplinar do CNMP, inclusive os procuradores-gerais de Justiça[22].

Como vimos, tratando-se o CNMP de órgão externo ao Ministério Público, a possibilidade de aplicação de sanções disciplinares a procurador-geral de Justiça decerto não se justifica em termos de hierarquia ou de escalonamento funcional, mas decorre do próprio texto constitucional, na medida da competência estatuída para o controle do cumprimento dos deveres funcionais de todos os membros do *Parquet*[23].

20 Resolução nº 92/2013. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 1º mar. 2017.

21 Redação dada pela Emenda Regimental nº 9, de 26 de julho de 2016.

22 Posiciona-se em sentido contrário GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235.

23 Conforme decisão proferida pelo STF no Mandado de Segurança 31.578-MC, a exceção ficaria por conta do procurador-geral da República, em razão do paralelismo com os Ministros do STF, os quais, de seu lado, não se submetem ao CNJ [decisão, aliás, criticável à luz do princípio republicano].

Essa parece ser a lógica, a *contrario sensu*, do Enunciado nº 9, de 12 de abril de 2016, do CNMP, a seguir transcrito: "Não compete ao Conselho Nacional do Ministério Público revisar ato do Procurador-Geral, no âmbito de seu dever-poder de gestão e administração de sua unidade ministerial, que não desborde os limites da legalidade, proporcionalidade e moralidade". Se é excepcionalmente admitida a revisão de ato praticado abusivamente, também o é a apuração da responsabilidade pelo abuso.

2.4. A questão da independência funcional

Um dos valores mais caros à sociedade brasileira certamente é a independência funcional dos membros do Ministério Público, protovalor que repele quaisquer possibilidades de ingerências, internas ou externas, no exercício da nobre missão constitucional.

Os atos realizados sob o abrigo da independência funcional, desde que conectados com os propósitos constitucionais, são imunes a qualquer tipo de investida dos órgãos de controle, como já o reconheceu o CNMP (Enunciado nº 6); com isso, resguarda-se não o membro do Ministério Público, em sua individualidade, mas toda a coletividade, para cuja defesa o *Parquet* está preordenado.

Obviamente, a prerrogativa constitucional da independência funcional jamais pode servir ao acobertamento de ilícitos; aliás, sua razão de ser é justamente imunizar o membro do Ministério Público dessas tentativas de interferência na atuação, decorrentes da ambiência cultural do "jeitinho" e das negociatas subterrâneas. Assim, não pode o órgão do *Parquet* invocar tal prerrogativa para violar a ordem jurídica ou obter finalidade com esta incompatível.

A respeito do tema, interessante é a proposta metodológica formulada por Rodrigo Leite Ferreira Cabral, segundo a qual são excepcionalmente sindicáveis os atos ministeriais que, mesmo estando formalmente escorados na independência funcional, incorram em uma das seguintes hipóteses: (i) instrumentalização dolosa das funções ministeriais para a prática de delitos; (ii) distorção dolosa do direito; e (iii) distorção imprudente do direito.

Interessa sobremodo ao presente trabalho a primeira dessas hipóteses, qual seja a "instrumentalização dolosa das funções ministeriais para a prática de delitos". Segundo a lição do ilustre Promotor de Justiça,

> A instrumentalização dolosa das funções ministeriais ocorre quando o membro do Ministério Público realiza atos de atividade-fim como mero instrumento para a prática de crimes ou de atos de improbidade administrativa. Nesses casos, os atos ministeriais não são realizados com o objetivo de promover a Justiça ou de cumprir com as funções incumbidas ao Ministério Público. Os atos aqui são utilizados como forma de alcançar finalidades ilícitas. O membro do Ministério Público comete crimes a golpes

> de interpretação, em que os pronunciamentos e as promoções se prestam para alcançar objetivos criminosos[24].

Conforme o autor, nesses casos o ato ministerial estará acometido de desvio de finalidade. Vejamos especificamente a questão do enriquecimento ilícito.

2.5. A questão do enriquecimento ilícito nos estatutos funcionais

Conforme o princípio republicano, "os agentes do Estado não agem em nome próprio nem para seu auto-desfrute"[25]. Embora o Ministério Público seja composto, em sua esmagadora maioria, por profissionais dignos e abnegados, é possível que, vez por outra, encontrem-se casos de desvios funcionais. Entre as condutas mais abjetas que podem ser praticadas pelos agentes públicos estão aquelas que importam em enriquecimento ilícito, ou seja, as que resultam no auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo[26].

A prática de tais condutas por agentes travestidos de Ministério Público desborda das consequências meramente individuais e repercute negativamente na imagem da própria instituição Ministério Público; em respeito à sociedade e aos milhares de promotores de Justiça e procuradores íntegros e dedicados que conformam os variados segmentos do *Parquet*, o enriquecimento ilícito desafia severa punição.

Prosseguindo, vale frisar que o enriquecimento ilícito pode ser entendido sob duas perspectivas, a saber:

(i) enriquecimento ilícito experimentado como ato imediatamente posterior aos crimes de corrupção passiva, peculato ou congêneres (chamemos de *enriquecimento ilícito episódico*). Traçando um paralelo com a Lei nº 8.429/1992, tal modalidade de enriquecimento corresponderia ao rol não exaustivo dos atos descritos no art. 9º, incisos I a VI e VIII a XII. É o caso, por exemplo, do recebimento de "vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado"[27]; e

(ii) enriquecimento ilícito verificado a partir da evolução patrimonial desproporcional do agente público, não necessariamente vinculado a um ato específico e individualizado de corrupção (a chamada "variação patrimonial a descoberto"). Na dicção da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, trata-se do "incremento significativo do patrimônio de um funcionário público

24 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 39, 2016.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional* – Tomo IV. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009, p. 584.

26 Note-se que a figura do enriquecimento ilícito não se confunde com a também perversa prática do enriquecimento sem causa do agente público que, embora receba sua remuneração, não oferece contraprestação laboral, ou o faz em apenas alguns dias da semana. Tal hipótese melhor se amolda à figura do abandono do cargo, a exigir firme atuação das Corregedorias.

27 Lei nº 8.429/1992, art. 9º, inciso X.

relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele" (art. 20)[28].

Conforme consignado no anteprojeto que resultou no Projeto de Lei nº 4.550/2016 (campanha das "Dez Medidas Contra a Corrupção")[29],

> o enriquecimento ilícito, além de ser prova indireta da corrupção, é em si mesmo desvalorado, pois revela um agir imoral e ilegal de servidor público, de quem se espera um comprometimento mais significativo com a lei do que se espera do cidadão comum. Há aqui um desvalor no tocante à discrepância patrimonial, não raro oculta ou disfarçada, de um agente público sujeito a regras de escrutínio, transparência e lisura.

Considerando as dificuldades na realização da prova dos atos de corrupção em si, normalmente praticados às escondidas e mediante variados subterfúgios destinados a mantê-los fora do radar fiscalizatório, a identificação da *variação patrimonial a descoberto* é um importantíssimo meio para a análise de conformidade da conduta do membro do Ministério Público.

Pois bem. Na esfera disciplinar, ambas as hipóteses de enriquecimento ilícito desafiam firme punição e encontram-se descritas no Estatuto Funcional do MPU (Lei Complementar nº 75/1993), ainda que de forma indireta, mediante a previsão de infrações disciplinares que se reportam à prática de atos de improbidade administrativa ou de crimes contra a Administração Pública. Veja-se:

> Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas: [...]
> V - as de demissão, nos casos de:
>
> a) lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda;
>
> b) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal;

Obviamente, o fato de o legislador tipificar a infração disciplinar mediante a referência à prática de ato de improbidade ou crime contra a Administração Pública nem de longe significa que se está a exigir que os infratores sejam processados e condenados, nos campos cível e penal, para, só então, exsurgir a falta funcional. Trata-se de mera opção legislativa que, em vez de repetir *ipsis litteris* aquilo que está tipificado como ato de improbidade administrativa ou como crime, valeu-se da técnica relacional, remissiva.

Não há qualquer dúvida em afirmar que a tipificação de ambas as modalidades de enriquecimento ilícito está compreendida no piso mínimo de proteção reclamado pela Constituição da República para a função disciplinar. O mesmo se diga quanto à penalização de tais condutas, que deve corresponder à gravidade delas.

---

28 Há aberta correspondência com o ato de improbidade administrativa previsto no inciso VII do art. 9º da retromencionada lei, descrito nos seguintes termos: "adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público".

29 Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/med no art. 61, §1º, II, d, ida_2_ versao-2015-06-25.pdf >.

Ocorre que, no âmbito dos estados, o enriquecimento ilícito do membro do Ministério Público não está expressamente catalogado entre as hipóteses que autorizam a perda do cargo, como se vê do art. 38, § 1º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), a seguir transcrito:

> Art. 38. [...] § 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:
>
> I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;
>
> II – exercício da advocacia;
>
> III – abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

Ora, embora o dito *enriquecimento ilícito episódico* possa justificar a perda do cargo por se amoldar à hipótese do art. 38, § 1º, inciso I, o fato é que nenhum desses incisos contempla a *variação patrimonial a descoberto*, que ainda não está tipificada no ordenamento como crime. É dizer-se: de modo claramente desproporcional, e ainda que sujeito a sanções disciplinares menos graves, a literalidade da LONMP não assinala a perda do cargo para o membro que ostente riquezas incompatíveis com suas fontes de renda lícitas, o que é criticável.

Para além desse aspecto, há motivos que nos levam a duvidar da constitucionalidade do referido dispositivo, o qual, no mínimo, deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição.

Vejamos. A Lei nº 8.625/1993 foi editada com fundamento no art. 61, § 1º, II, d, da Constituição da República, que alude ao estabelecimento de "normas gerais para a **organização**" do Ministério Público dos estados.

A seu turno, a perda do cargo do membro do Ministério Público foi diretamente regulada pela Constituição, no art. 128, § 5º, I, "a", que a condiciona à existência de sentença judicial transitada em julgado. A análise atenta do dispositivo constitucional permite concluir que o detalhamento das hipóteses autorizativas da perda do cargo deve ocorrer no âmbito das leis orgânicas de cada ramo do Ministério Público. Confira-se:

> Art. 128. [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a **organização**, as **atribuições** e o **estatuto** de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:
>
> I - as seguintes garantias:
>
> a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; [...]

Ou seja, a regulação da perda do cargo não se trata propriamente de norma geral organizativa (CF, art. 61, § 1º, II, d), mas do detalhamento de previsão constitucional inerente à definição do estatuto de cada Ministério Público (CF, 128,

§ 5º), motivo pelo qual o art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993 não representa qualquer obstáculo à regulamentação do tema de forma diversa pelas Leis Complementares editadas com base no art. 128, § 5º, da Constituição Federal.

3. ATUAÇÃO FISCALIZATÓRIA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1. Feixe de competências funcionais

As Corregedorias constituem-se em verdadeiras molas propulsoras do aprimoramento das atividades do Ministério Público. Sua atuação encontra-se perfeitamente sintetizada por Geisa de Assis Rodrigues. Veja-se:

> Como qualquer controle, inclusive o social, a Corregedoria se vale de medidas positivas e negativas para alcançar a sua meta. A aplicação de sanções disciplinares e de medidas coercitivas tem natureza negativa, enquanto que as medidas de estímulo, indução e incentivo são positivas, pois permitem a internalização das normas e regras sem apelar à restrição de direitos. Para fiscalizar e orientar os membros do Ministério Público, e ainda ensejar uma prestação de contas à sociedade, a Corregedoria tem que se valer de uma combinação desses dois parâmetros[30].

Focando na questão do enriquecimento ilícito, a atuação fiscalizatória das Corregedorias do Ministério Público pode se dar **preventiva** ou **repressivamente**.

Segundo De Plácido e Silva, preventivo se diz de "tudo o que se faz ou se procede por precaução ou previdência, para que se acautelem interesses de toda ordem"[31].

Assim, com a finalidade de prevenir o enriquecimento ilícito e desestimular sua ocorrência, propõe-se desde logo que as Corregedorias instituam um regime de monitoramento da evolução patrimonial dos membros do Ministério Público, com a utilização de ferramentas tecnológicas de inteligência (BI) que permitam processar e comparar os dados patrimoniais brutos informados pelos próprios integrantes da carreira, transformando-os em evidências.

Convém lembrar que a obrigação de apresentação de relação patrimonial detalhada pelos membros do *Parquet* decorre das Leis nº 8.730/1993 (arts. 1º, inciso VI, e 7º), 8.625/1993 (art. 59, § 4º) e 8.429/1992 (art. 13), e compreende o patrimônio do declarante e de seus dependentes.

A partir da análise tecnológica de tais dados, evidências indicativas de inconformidades na evolução patrimonial poderiam justificar a instauração de procedimento apuratório preliminar, oportunizando-se ao membro do MP a prestação de esclarecimentos, sem prejuízo de outras diligências.

30 RODRIGUES, Geisa de Assis. Corregedorias e as atribuições constitucionais do Ministério Público: desafios e potenciais impactos. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 284, 2016.

31 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1088.

3.2. Diretrizes para o exercício da competência disciplinar

Por tudo quanto já exposto, nota-se que os membros do Ministério Público estão mais intensamente vinculados a deveres fundamentais, como a probidade administrativa. Poder-se-ia, inclusive, sustentar que promotores de Justiça e procuradores, agentes públicos que são, sujeitam-se de modo mais acentuado ao cumprimento das normas internas, tendo relativizados determinados direitos[32].

A existência de tais *relações especiais de sujeição* é que justifica, por exemplo, a necessidade de encaminhamento anual da relação dos seus bens (para fins de monitoramento patrimonial) ou mesmo a vedação de atividade político-partidária pelos membros do Ministério Público[33].

Nem o estatuto disciplinar passa incólume. Decerto, há firme orientação quanto à aplicação dos direitos e garantias incidentes do Direito Penal sobre o Direito Disciplinar, por emanarem do mesmo tronco do Direito Punitivo Estatal (poder-dever). Todavia, devem ser observadas certas matizações, decorrentes dessa supremacia especial, tais como a remodulação do princípio da legalidade[34] e uma menor rigidez quanto ao *standard* probatório que justifica a imposição das penalidades disciplinares, sobretudo as mais leves, como a advertência.

Acerca desse aspecto, Fábio Medina Osório assevera que

> nas infrações disciplinares o Direito Administrativo possui uma flexibilidade típica, o erro é tratado com maior rigor (*pro societate*), os princípios sofrem algumas pequenas ou grandes mudanças em seus conteúdos, todas reconduzíveis ao critério da maior elasticidade das normas punitivas e da redução dos direitos dos acusados em geral[35].

Diante desse contexto, a atuação das Corregedorias deve ser equilibrada e seriamente ponderada: por um lado, não pode chegar à desmedida de rever posicionamentos albergados pelo exercício lícito do princípio da independência funcional dos membros, ou desconsiderar o direito de defesa do acusado em determinadas classes procedimentais (afinal, relação especial de sujeição se presta a justificar o arbítrio); de outra banda, também não pode, por indulgência, guiar-se pela cartilha de interesses aparentemente corporativos (em proteção de membros que se travestem de Ministério Público para a salvaguarda de interesses patrimoniais escusos), mas que, em verdade, depõem contra a corporação e o Estado constituído.

32 Para um aprofundamento do tema das relações decorrentes da supremacia especial do Estado, recomenda-se a leitura das seguintes obras: SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição*: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 256-258; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 719-725.

33 Outro exemplo está estampado na Diretriz XI da Recomendação de caráter geral CN-CNMP nº 01, de 03.11.2016: "Os membros do Ministério Público devem evitar publicações em redes sociais que possam ser percebidas como discriminatórias em relação à raça, gênero, orientação sexual, religião e a outros valores ou direitos protegidos, e que possam comprometer os ideais defendidos pela Instituição".

34 Como dito por Carlos Roberto Martins Rodrigues, "no poder disciplinar, com efeito, ao contrário do que sucede no regime do direito repressivo comum, nem sempre a lei desenha perfeita simetria entre o ilícito e a sanção" (RODRIGUES, C. R. M. O Direito de defesa na administração pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFC*, Fortaleza, 1984, apud SILVA, Clarissa Sampaio, op. cit., p. 273).

35 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 235.

Há de se observar a consagrada lição de Ruy Cirne Lima, segundo a qual "na Administração o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade"[36]. Questões externas aos ilícitos cometidos, como a proximidade do órgão correcional com o investigado ou a rememoração de respostas disciplinares deficientes em face de casos mais graves – com o intuito de afastar a punição sob o pretexto da isonomia –, jamais podem justificar a leniência das Corregedorias.

De mais a mais, o enfrentamento dos desvios de conduta na órbita disciplinar, sobretudo os que importem em violação da probidade administrativa, perpassa pela estrita observância do princípio da proporcionalidade, com o escopo de alcançar solução ótima entre a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente dos bens jurídicos tutelados. Isso não só em termos legislativos, mas também como vetor hermenêutico vinculante da atividade de imposição da sanção disciplinar, devendo haver adequação punitiva entre esta e a falta praticada.

E mais: é importante divisar que o caráter aflitivo das sanções não pode ser materialmente esvaziado por atos administrativos de outra natureza. Para melhor ilustrar, tomemos como exemplo a concessão da aposentadoria voluntária imediatamente após a aplicação da penalidade de remoção compulsória – no caso dos estatutos funcionais que a prevejam como sanção.

Ora, diferentemente da censura ou da advertência, a penalidade de remoção compulsória tem uma estrutura analítica que supõe imediata alteração fática que permita a concretização da pena. Isso porque a sanção disciplinar de remoção compulsória compreende dois elementos básicos, a saber: (i) o juízo declaratório de reprovabilidade, consubstanciado no reconhecimento do atendimento aos requisitos previstos em lei para sua imposição; e (ii) sua efetiva implementação, com repercussão no plano dos fatos.

Assim, descambaria para o desvio de finalidade a concessão de aposentadoria voluntária imediatamente após a imposição da remoção compulsória; aplicar a sanção disciplinar e, na sequência, coarctar seus efeitos essenciais, implicaria desnaturar o próprio juízo de reprovação, em prejuízo da indisponibilidade do interesse público. Numa hipótese dessas, a concessão inicial da aposentadoria voluntária, embora aparentemente ajustada à legalidade, não passaria pelo filtro da juridicidade administrativa.

Dito isso, passemos à análise da produção da prova no âmbito dos procedimentos disciplinares, com o exame de algumas possibilidades concretas.

3.2.1 Produção probatória e apuração do enriquecimento ilícito

É importante observar que a dinâmica probatória em sede de apuração disciplinar do enriquecimento ilícito varia conforme se esteja diante do *enriquecimento ilícito episódico* ou da *variação patrimonial a descoberto*. Enquanto a primeira categoria evoca mais intensamente a importância da prova indiciária, mormente por resultar

36 MELLO, Celso Antônio Bandeira de., op. cit., p. 65.

de atos clandestinos como corrupção, peculato e tráfico de influência, a segunda chega a suscitar até mesmo a inversão do ônus da prova no tocante à (i)licitude do aumento patrimonial injustificado.

Vejamos. Conforme a lição de Jorge Munhós, eis os requisitos para a identificação da comprovação da *variação patrimonial a descoberto*: (i) delimitação precisa do período de referência, com a fixação dos marcos temporais para a investigação; (ii) incremento patrimonial significativo que o agente público não possa razoavelmente explicar; e (iii) presença da intenção deliberada de enriquecer-se ilicitamente[37].

Acrescenta-se que a jurisprudência do STJ se inclina a atribuir ao órgão disciplinar o ônus de provar a ocorrência da evolução patrimonial desproporcional à remuneração recebida pelo agente público, cabendo a este o ônus de demonstrar a licitude desse incremento patrimonial, com a apresentação das devidas justificativas de ingresso[38]. Nesse sentido, veja-se o *Mandado de Segurança 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 08.02.2017, DJe 14.02.2017.*

Pois bem.

Partindo para a investigação dos atos episódicos (corrupção, concussão, peculato, extorsão ou tráfico de influência) que resultam em enriquecimento ilícito, assume especial relevo a figura do indício [*rectius*: prova indiciária], conceituado pelo art. 239 do Código de Processo Penal como sendo "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

A esse respeito, vale conferir a lição de Fábio Medina Osório[39]:

> O Direito Administrativo Sancionador é especialmente receptivo à prova indiciária, ou aos indícios enquanto meios probatórios, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de 'razoabilidade' dos julgamentos. [...] Assim, no campo disciplinar, o indício tem singular importância, da mesma forma como assume vulto diante do universo das relações de especial sujeição.

Fixada tal premissa, passemos a analisar algumas diretrizes para a reunião de evidências nos procedimentos de cunho disciplinar.

É cediço que podem ser aproveitadas nos procedimentos disciplinares as provas produzidas no bojo de apurações cíveis ou criminais, sendo exigível autorização judicial para a utilização daquelas submetidas à reserva de jurisdição.

Todavia, sendo independentes as instâncias civil, criminal e administrativa, nada impede que a autoridade administrativa atue de forma proativa, requerendo, por

37 MUNHÓS, Jorge. Provas e presunções sobre a evolução patrimonial desproporcional como ato ímprobo de enriquecimento ilícito. In: SALGADO, Daniel de Resende. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 574-589).

38 É válida a advertência de Fábio Medina Osório, de que "nas relações de sujeição geral, é frequente que o ônus da acusação seja mais forte, demandando esforços adicionais tanto no plano argumentativo, quanto no terreno probatório" (OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 411).

39 OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 410-411.

meio da advocacia pública, as medidas judiciais necessárias para o robustecimento das provas da prática dos ilícitos disciplinares, como os afastamentos dos sigilos fiscal, bancário e de *dados* telefônicos ou telemáticos.

A exceção fica por conta da realização de interceptação de *comunicações* telefônicas ou telemáticas, que somente pode ser manejada para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma do art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Traçando um rápido paralelo com o sistema de Correição do Poder Executivo Federal, é oportuno referir-se ao art. 18, § 2º, da Portaria nº 335/2006, que prevê que "a solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento"[40].

Ainda com inspiração em tal legislação, é recomendável que a autoridade disciplinar tente obter do investigado a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário[41], tornando desnecessário o manejo da medida judicial.

Além de tais medidas probatórias, há um sem número de diligências que podem ser requisitadas diretamente pelos corregedores, sendo relevante transcrever, no ponto, o art. 18, XI, do Regimento Interno do CNMP:

> Art. 18. Além de outras competências que lhe sejam conferidas por lei ou por este Regimento, ao Corregedor Nacional compete:
>
> XI – requisitar das autoridades fiscais, monetárias, judiciárias e outras, informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação;

No caso dos ramos do Ministério Público da União, o corregedor ou as Comissões Sindicantes ou Processantes podem lançar mão dos poderes requisitórios previstos genericamente no art. 8º da Lei Complementar nº 75/1993[42], dentre os quais estão a notificação de testemunhas, a requisição de informações e documentos a particulares ou a autoridades públicas e o acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública.

A título de exemplo, na hipótese de as apurações resultarem em indícios de ocultamento de capitais, parece-nos perfeitamente admissível que, além de dar conhecimento do fato às autoridades competentes para a apuração do feito nas

40 Trilhando a mesma lógica ora proposta, ou seja, permitindo o manejo de medida cautelar com a finalidade primordial de instruir procedimento administrativo, veja-se o art. 13, VI, "d" da Lei nº 12.529/2011:
"Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;"

41 É o que prevê o § 3º do art. 18 da Portaria nº 335/2006: "§ 3º A comissão deverá solicitar do sindicado, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação das informações e documentos necessários para a instrução do procedimento".

42 No mesmo sentido, posiciona-se GONÇALVES, Vitor Fernandes. O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n. 28/29, p. 289, jul./dez. 2008.

órbitas cível e criminal, a autoridade administrativa requisite ao Coaf (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) que informe se há e descreva as operações suspeitas.

Nesse particular, é relevante mencionar que, embora o Coaf tenha sido criado pela Lei nº 9.613/1998, nada obsta que seja solicitado o encaminhamento ou a elaboração de Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) para a instrução de procedimentos administrativos de cunho disciplinar, como se vê da redação do art. 15 da referida lei, *in verbis*: "O Coaf comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, *ou de qualquer outro ilícito*".

Necessário enfatizar que a narrativa de operações suspeitas pelo Coaf não é suficiente para chegar-se a qualquer conclusão, devendo ser objeto de aprofundamento investigativo[43], mediante o acesso aos dados bancários do infrator, após sua renúncia expressa ou obtenção de autorização judicial.

Para finalizar, o que importa é reconhecer que, na ótica das relações especiais de sujeição e para efeito de investigação de possível enriquecimento ilícito, a produção probatória no campo disciplinar deve ser arrojada, sendo despropositado aguardar-se o compartilhamento da prova produzida nas searas cível ou criminal para, só então, agir e resguardar a juridicidade no seio da instituição.

4. AFASTAMENTO CAUTELAR DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em situações excepcionalíssimas, nas quais haja o aparelhamento da nobilíssima função para finalidades apartadas do interesse público, é possível o afastamento cautelar do membro do Ministério Público, a fim de assegurar a regularidade do serviço ou resguardar a apuração dos fatos apurados no procedimento disciplinar.

No caso do Ministério Público da União, tal possibilidade está normatizada no art. 260 da Lei Complementar 75/1993, sendo aplicável ao Ministério Público dos estados de forma subsidiária, em razão da previsão contida no art. 80 da Lei 8.625/1993[44]. Vejamos os dispositivos:

> LC 75. Art. 260. Havendo prova da infração e indícios suficientes de sua autoria, o *Conselho Superior* poderá determinar, fundamentadamente, o afastamento preventivo do indiciado, enquanto sua permanência for inconveniente ao serviço ou prejudicial à apuração dos fatos.
>
> § 1º O afastamento do indiciado não poderá ocorrer quando ao fato imputado corresponderem somente as penas de advertência ou de censura.
>
> § 2º O afastamento não ultrapassará o prazo de cento e vinte dias, salvo em caso de alcance.

43 Assim, vide STJ, HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017.

44 A possibilidade de aplicação do art. 260 da LC 75/1993 aos membros do Ministério Público dos estados foi chancelada pelo próprio CNMP no Processo Disciplinar nº 326/2013-60 (decisão monocrática de 26.03.2013). Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/326-2013-60_PAD_afastamento_DEMOSTENES.pdf>.

> § 3º O período de afastamento será considerado como de serviço efetivo, para todos os efeitos.
>
> Lei 8.625. Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

De forma igualmente excepcionalíssima e restrita às apurações conduzidas em sede de Processo Administrativo Disciplinar, o CNMP pode determinar o afastamento cautelar de membros do Ministério Público, inclusive por ato do corregedor nacional ou do conselheiro-relator, *ad referendum* do Plenário. Vejamos os dispositivos pertinentes do Regimento Interno do órgão de controle:

> Art. 77 Prestadas as informações pelo reclamado, decorrido o prazo sem manifestação ou encerradas as diligências, o Corregedor Nacional poderá adotar uma das seguintes providências: [...]
>
> IV – instaurar, desde logo, processo administrativo disciplinar, se houver indícios suficientes de materialidade e autoria da infração ou se configurada inércia ou insuficiência de atuação, publicando a respectiva portaria; [...]
>
> § 2º Na hipótese do inciso IV deste artigo, o Corregedor Nacional "ad referendum" poderá afastar o acusado pelo prazo previsto na respectiva lei orgânica ou por até cento e vinte dias, prorrogáveis justificadamente, se omissa a legislação pertinente, assegurado o subsídio ou remuneração integral.
>
> § 3º Da decisão de afastamento do acusado não cabe recurso interno.
>
> Art. 89 Decidida a instauração de processo administrativo disciplinar no âmbito do Conselho, o feito será distribuído a um Relator. [...]
>
> § 3º No processo administrativo disciplinar, o Relator "ad referendum" e o Plenário poderão afastar o acusado pelo prazo previsto na respectiva lei orgânica ou por até cento e vinte dias, prorrogáveis justificadamente, se omissa a legislação pertinente, assegurado o subsídio ou remuneração integral.

Abra-se um rápido parêntese para destacar que o STF, em 8/2/2017, por meio de decisão monocrática da lavra do ministro Gilmar Mendes (pendente de referendo do Pleno), deferiu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5125-MC, para "conferir interpretação conforme aos arts. 18, VI, segunda parte, e 77, IV, do RICNMP, a fim de determinar que a instauração do processo administrativo disciplinar se dê *ad referendum* do Plenário e suspender a aplicação do §3º do art. 77".

Fechado tal parêntese, chama-se a atenção para o fato de que a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência em sede de Direito Disciplinar é seguramente menos intensa do que no âmbito penal. Em tal contexto, filiando-nos ao entendimento de Fábio Medina Osório, parece-nos "lógico que o Estado deva dispor de instrumentos coercitivos intensos, já no plano cautelar, para resguardar legítimos interesses

públicos, em se tratando de intervenções direcionadas à tutela de relações de especial ou especialíssima sujeição"[45].

Não obstante, o excepcional afastamento cautelar de membro do Ministério Público deve amparar-se na presença concreta de quatro requisitos básicos, sob pena de poder se transformar em instrumento de nefastas perseguições e de autofagia da instituição: (i) existência de procedimento disciplinar formalmente instaurado e conduzido por autoridade competente; (ii) robusta aparência de culpabilidade quanto à prática de infração disciplinar gravíssima, como o enriquecimento ilícito; (iii) risco de prejuízo social e à regularidade do serviço, bem como comprometimento da apuração disciplinar, se não for adotada a medida cautelar; e (iv) enfrentamento de todos os argumentos e linhas defensivas utilizadas pelo investigado, após ter-lhe sido oportunizada a manifestação.

Mesmo considerando tais cautelas, vale registrar que os dispositivos do Regimento Interno do CNMP que preveem a possibilidade de afastamento cautelar não regulam as hipóteses autorizadoras do afastamento nem os requisitos para a imposição da medida, carecendo, portanto, de interpretação sistemática junto ao art. 105 do mesmo diploma, *in verbis*:

> Art. 105 Além das disposições deste Regimento Interno, o processo administrativo disciplinar instaurado no âmbito do Conselho obedecerá, subsidiária e sucessivamente, às disposições da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, e das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Por conseguinte, aplicando-se subsidiariamente o § 1º do art. 260 da Lei Complementar nº 75/1993, o CNMP (seja pelo Plenário, seja por decisão monocrática do corregedor ou do conselheiro-relator, a ser referendada) não poderá afastar o investigado "quando ao fato imputado corresponderem somente as penas de advertência ou de censura", o que denota manifesta razoabilidade.

5. CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto, considerando o regime jurídico a que estão submetidos os membros do Ministério Público, e tendo em vista a necessidade de observância ao conteúdo integral do princípio da proporcionalidade, incumbe às Corregedorias o estabelecimento de rotinas de acompanhamento, orientação e fiscalização da evolução patrimonial dos membros, sobretudo mediante o recurso a ferramentas tecnológicas de inteligência.

Para além da atuação orientadora, as Corregedorias do Ministério Público prestam-se à importante missão de assegurar a higidez do *Parquet* e a honorabilidade dos promotores e procuradores que, com abnegação diária, dão forma e vida a essa elevada e imprescindível instituição.

45 OSÓRIO, Fábio Medina, op. cit., p. 421.

Nesse contexto, é imprescindível que a competência disciplinar seja exercida de forma equilibrada pela Corregedoria e pelos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, sempre transitando entre as balizas da proibição do excesso e da vedação da proteção insuficiente.

Como já referido, a sistematização e a análise comparativa dos aspectos disciplinares contidos em todos os estatutos dos diversos segmentos do Ministério Público certamente contribuiriam para alcançar-se a justa medida na punição em cada caso concreto, criando ambiente propício para a consolidação de doutrina sobre o Direito Disciplinar do Ministério Público.

É certo que a imposição de sanções disciplinares em razão de enriquecimento ilícito jamais deve evocar regozijo na autoridade disciplinar, mas profunda tristeza diante da sucumbência do colega a interesses escusos, contra os quais a instituição Ministério Público está, e sempre estará, preordenada a combater e reprimir com firmeza.

Finaliza-se fazendo referência à lição do procurador de Justiça Cláudio Barros Silva, ex-conselheiro do CNMP, segundo a qual:

> Nem todos os membros devem ser sábios e doutores no exercício de seu múnus, sequer se exige que sejam artistas ou iluminados nas suas manifestações. Nem todos são sensíveis à voz dos valores teóricos ou práticos. Porém, sem exceção, todos são constrangidos a seguir a voz dos valores na sua ordenação ética e a respeitar a pessoa humana, na plenitude de sua dignidade, com imparcialidade, com probidade, com humildade e com atenção[46].

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino. Ética na persecução da Justiça: os modelos disciplinares de Brasil e Estados Unidos. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília: v. 1, p. 417-438, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional* – Tomo IV. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília: v. 1, p. 29-47, 2016.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

46 SILVA, Cláudio Barros. Op. cit., p. 210.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 7, n. 28/29, p. 267-297, jul./dez. 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MUNHÓS, Jorge. Provas e presunções sobre a evolução patrimonial desproporcional como ato ímprobo de enriquecimento ilícito. In: SALGADO, Daniel de Resende. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 553-596.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Corregedorias e as atribuições constitucionais do Ministério Público: desafios e potenciais impactos. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília: v. 1, 2016, p. 265-293.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição:* o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção luso-brasileira de Direito Público).

SILVA, Cláudio Barros. Os atributos da dignidade, os valores e a responsabilidade dos membros do Ministério Público. *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público*, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2011. p. 201-219.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DISCIPLINAR

Marco Antônio Chaves da Silva[1]

Resumo: Este artigo visa apresentar um diagnóstico da atuação dos órgãos de fiscalização da atividade funcional do Ministério Público, considerando a atualidade dos novos desafios institucionais e a necessária adequação dos métodos utilizados. A valorização das boas práticas, servindo como referências de parametrização, assim como a continuidade de estudos que possibilitem uma análise qualitativa dos dados coletados que possam repercutir diretamente num aperfeiçoamento da atuação fiscalizadora, com a utilização de medidas cautelares, menos dependentes da atuação reativa dos órgãos de controle interno

Abstract: This article aims to present a diagnosis of the performance of the oversight bodies of the Public Prosecutor's Office, considering current new institutional challenges and the new to adopt the methods used. The appreciation of the good practices that have emerged, as parameterization references, and the continuity of studies that allow a qualitative analysis of the collected data which can directly affect the inspection activity, by using more precautionary measures, and reducing dependence on the reactive performance of the internal control agencies.

Palavras-chave: Corregedorias. Atuação Fiscalizadora. Medidas Cautelares.

Keywords: Control Agencies. Audit Practice. Precautionary Measures.

Sumário: 1. Introdução. 2. A atuação fiscalizadora das Corregedorias-Gerais: rotina atual e algumas propostas de inovações 3. O novo perfil dos membros e a necessária adequação dos órgãos de controle. 4. A importância da delimitação de metas institucionais nos planejamentos estratégicos. 5. A indispensável parametrização dos trabalhos correcionais. 6. As medidas cautelares no âmbito disciplinar. 7. Conclusão. 8. Referências

1 Procurador de Justiça, corregedor-geral MP/BA, mestre em Direito Público UFPE, doutorando em Direito Público UFBA, integrou a equipe de promotores de Justiça Corregedores MP/BA, durante seis anos desde 1999. Promotor de Justiça com atuação na área criminal especializada em delitos contra a ordem tributária, relações de consumo e fé pública. Autor do livro: *Autoria Coletiva em Crimes Tributários*, pela Editora Lúmen Juris. Coordenou o Núcleo de Combate ao crime de Lavagem de Dinheiro (NAC-LD) no MP/BA.

1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro vem enfrentando, desde a implantação do perfil delineado no texto constitucional vigente, um enorme desafio institucional, qual seja, conciliar o exercício das atribuições conferidas pela Carta Magna com uma concepção de gestão pública hodierna, preponderantemente, pautada pela economicidade com os gastos de custeio, em que pesem as crescentes demandas da sociedade por maior efetividade. Essa constatação se observa principalmente em localidades onde a presença de outros órgãos públicos é incipiente, o que vem elevando, sobremodo as reivindicações pela intervenção do *Parquet,* como fiscal da legalidade, da moralidade e da eficiência no trato do bem público e de legítimo defensor dos interesses sociais.

Provavelmente, para os integrantes do *Parquet* mais atentos, com a premissa estabelecida por Maurice Merleau-Ponty[2] de que o sentir é ignorado pelo sujeito na construção do seu pensamento objetivo, prevalecia a percepção de que o modelo projetado para o Ministério Público, pós-1988, criaria na sociedade brasileira uma expectativa maior do que a capacidade institucional em poder corresponder a esses anseios, mas imaginava-se que o amadurecimento dessa angustiante limitação, por parte de seus membros e, principalmente, pelos órgãos encarregados pelas administrações superiores, fosse gradativamente, priorizando um maior nível de eficiência para determinadas áreas, que pudesse suplantar os eventuais déficits de tantas outras que, porventura, estivessem muito aquém do que poderíamos desempenhar.

Entretanto, quase três décadas depois, o que percebemos, com a experiência advinda no âmbito do controle interno da atividade funcional , é que a análise e o reconhecimento das boas condutas, do efetivo cumprimento dos deveres e da realização de trabalhos de alcance social efetivo, ainda precisam ser mais bem dimensionados pelas Corregedorias-Gerais, para que o Ministério Público possa não somente reconhecer esse incomensurável valor agregado, que os trabalhos de seus inúmeros membros vem diuturnamente realizando, como também apresentar um diagnóstico mais fidedigno de sua atuação.

Por certo, esse aperfeiçoamento dos órgãos de controle contribuirá com o fortalecimento institucional, assim como possibilitará a apresentação de resultados profícuos de nossa atuação na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse contexto, revela-se como uma premissa fundamental, a delimitação de um modelo que nos sirva de parametrização e que nos possibilite uma melhor compreensão do nosso papel como agente político, para a solidificação de um Estado Democrático de Direito, numa sociedade cujos índices de desigualdade econômica estão entre os mais elevados do mundo civilizado.

2 MERLEAU-PONTY*, Maurice. Fenomenologia da Percepção.* Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 279.

Com uma perspectiva desse modelo referencial, ainda em fase de construção, propomo-nos a demonstrar, neste trabalho, como vem sendo pautada a atuação fiscalizadora das Corregedorias-Gerais do Ministério Público, com os seus atuais desafios e a possibilidade de adoção de novas iniciativas.

2. A ATUAÇÃO FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS-GERAIS: ROTINA ATUAL E ALGUMAS PROPOSTAS DE INOVAÇÕES

Os órgãos de controle interno, no exercício da sua atividade de fiscalização das atuações dos membros do Ministério Público, analisam os dados coletados nos relatórios periódicos do desempenho das mais diversas atribuições, adotando uma taxonomia, cuja contribuição para a análise, no que se refere aos procedimentos que podem ser quantificados, como pareceres, denúncias, alegações finais, audiências, é inquestionável.

Entretanto, para procedimentos que ensejam uma análise qualitativa, os campos objetivos presentes nos relatórios ainda não refletem o esforço dispendido em horas de trabalho para a promoção da atividade extrajudicial de defesa de interesses difusos, como ocorre na celebração de termos de ajustamento de conduta, audiências públicas e visitas de inspeção e relacionamento com as outras instituições.

Ao lado dessa fiscalização regular da atuação funcional realizada na fase inicial de trabalho correcional, ocorrem visitas periódicas aos órgãos e unidades espalhados nas mais diversas localidades das unidades da Federação.

Com esse desiderato, as Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos estabelecem um cronograma de inspeções ou de correições ordinárias, como uma atividade de rotina, com definições prévias dos critérios eleitos para a seleção dos órgãos ou unidades, com a observância de que deverá ser feita em pelo menos 1/3 delas, por ano, o que vale dizer, que ao final de três anos, deve-se renovar o ciclo.

Além da realização de correições pelas Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos, a Corregedoria Nacional do CNMP, com critérios ainda pendentes de delimitação, mas de uma forma concorrente, vem procedendo a correições, cujo primeiro ciclo foi encerrado no Mato Grosso, no dia 22 de fevereiro de 2017.

Vale aqui comungar sobre a necessidade de um balizamento desta atuação do CNMP, já observada por Emerson Garcia[3] ao defender que as Resoluções:

> 1) estão objetivamente delimitadas pela esfera de competência do colegiado; 2) não podem afrontar a Constituição e a lei federal ou estadual e 3) estão finalisticamente comprometidas com o zelo pela autonomia funcional e administrativa das Instituições controladas, não podendo reduzir a liberdade valorativa que o sistema lhes assegura.

3 GARCIA, Emerson. *Temas Atuais do Ministério Público:*as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 121-131.

Na mesma linha de raciocínio, em trabalho publicado no primeiro volume desta Revista[4], afirma o supracitado autor que:

> [...] diversamente do controle interno, ontologicamente amplo, o controle externo, que encontra sua gênese na divisão das funções estatais, é necessariamente restrito, somente se desenvolvendo nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. A justificativa decorre da constatação de que o controle externo comprime a autonomia da estrutura controlada, somente podendo ser desenvolvido nos estritos limites da ordem jurídica.

Com essa compreensão, mas percebendo que a atuação fiscalizadora dos órgãos de controle, tanto em nível interno quanto externo, precisa de uma atualização dos seus conceitos, principalmente em face do modelo constitucional do Ministério Público, como observa Gregório Assagra de Almeida[5], pois deve-se levar em conta o contexto de sua previsão constitucional, haja vista que as Corregedorias possuem natureza jurídica e, por isso, no exercício de suas funções, devem atuar como asseguradoras de garantias fundamentais, em face da concepção constitucional do Ministério Público, como sendo um órgão essencial à função jurisdicional, de caráter nacional e em respeito à garantia fundamental de livre acesso à Justiça, por isso entendemos haver lacunas a serem aperfeiçoadas.

Nesse sentido de que as corregedorias devem assegurar os direitos fundamentais, observou Lenna Daher[6]

> [...] as atribuições da Corregedoria, tanto no viés fiscalizatório quanto orientador da conduta funcional dos membros do Ministério Público, traduzidas nos diversos instrumentos de atuação, como correições, inspeções, recomendações, são destinadas à indução e ao fomento da atuação dos membros para o propósito maior de realização do dever constitucional da Instituição, de defesa da cidadania e da consequente concretização dos direitos fundamentais.

Nesse contexto é que ainda identificamos nos órgãos de controle, mesmo quando procuram se utilizar da melhor técnica possível de acompanhamento da atividade funcional, qual seja: a publicação, com antecedência, das promotorias a serem inspecionadas, o envio anterior de formulários cada vez mais detalhados, a análise prévia de dados apresentados pelo sistema informatizado, desde que tenha havido uma correta alimentação, apenas uma percepção tópica e geral daquele trabalho que está sendo desenvolvido pelo representante do Ministério Público.

Dessa forma, a fiscalização mais eficiente das Corregedorias-Gerais resulta de uma maneira reativa, pois somente com o registro de reclamações disciplinares

4 GARCIA, Emerson. Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional – Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p.15, 2016.

5 *ALMEIDA, Gregório Assagra. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à Justiça. Revista Jurídica Corregedoria Nacional – Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 66, 2016.

6 *DAHER, Lenna Luciana Nunes. Corregedoria e os Deveres Constitucionais do Ministério Público. Revista Jurídica Corregedoria Nacional – Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 296, 2016.

contra a conduta de determinado membro, os órgãos de controle promovem uma investigação acerca da ocorrência ou não da prática de falta funcional.

Por isso, entendemos que facilitar o acesso dos interessados em pedir providências aos órgãos correcionais revela-se como uma louvável iniciativa a ser adotada para que o Ministério Público mantenha a credibilidade e o prestígio institucional, arduamente auferido até então.

Tal medida, não deve ser compreendida como uma imposição de uma fiscalização difusa e desmedida contra os membros do *Parquet,* mas, sobretudo, como uma forma de revelar para a sociedade que a instituição está realmente comprometida com o cumprimento de suas atribuições.

Nessa linha de pensamento, a criação de unidades descentralizadas da Corregedoria-Geral, como uma forma de abreviar as dificuldades com o deslocamento das pessoas hipossuficientes ou dos que residem em locais muitos distantes da sede principal, efetivamente facilitaria para o órgão de controle o conhecimento e a adoção de providências em alguma ocorrência de relevo.

Da mesma forma, para os cidadãos do interior se deslocarem para a sede nas capitais, ou para aqueles que residem nos bairros mais distantes, com poucas possibilidades de meios de transportes coletivo, como metrô ou ônibus, a descentralização para locais de fácil acesso daria oportunidade para melhor esclarecimento sobre as dúvidas, queixas que, via de regra, são levadas à apreciação das Corregedorias e que, muitas vezes, quando dirimidas, evitam a falsa compreensão de que o Ministério Público foi ineficiente ou corporativista, não estando interessado no aperfeiçoamento dos seus serviços.

Com esse intuito, tivemos a iniciativa de instalar uma unidade descentralizada da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia em Barreiras – que dista quase 900 km de Salvador e tem no seu entorno diversas outras localidades, cuja distância para a Capital também é muito grande – e com a disponibilização de uma estrutura básica de trabalho, temos alcançado resultados expressivos, tanto no que se refere à otimização de custos operacionais, com a antiga logística de deslocamentos da capital para aquela região, quanto no atendimento das demandas das referidas promotorias e dos cidadãos, que antes teriam de vir até Salvador para pedir providências.

Como um argumento contrário a essa medida, poderia se alegar que os auxiliares destacados para atuar nessas unidades não teriam autonomia, ou que prejudicariam a unidade do pensamento da gestão da Corregedoria, ou, ainda, que em face da existência de Ouvidorias nos Ministérios Públicos, estas teriam sido pensadas e estariam funcionando com essa perspectiva de servirem como uma espécie de *ombudsman*, o que representaria para a administração superior do *Parquet*, uma medida mais interessante, pois a melhor estruturação desse canal de comunicação entre a instituição e a sociedade, poderia suprir a facilitação de acesso aos órgãos de controle interno.

Quanto à primeira das objeções supracitadas, entendemos que a confiança no trabalho dos membros auxiliares independe de a consecução das atividades correcionais ocorrerem no âmbito da própria sede das Corregedorias-Gerais, pois eles são imbuídos das realizações das inspeções ou correições, por delegação. Outrossim, não importa em qualquer alteração significativa das rotinas administrativas nos trabalhos desenvolvidos, pois na unidade descentralizada os expedientes são recebidos, digitalizados e encaminhados para deliberação do corregedor-geral.

No que se refere à segunda objeção, as Ouvidorias possuem um perfil e uma finalidade distinta das Corregedorias-Gerais, como tentaremos alinhavar.

Prevalece ainda, infelizmente, um nível de informação e de conhecimento muito pequeno da maioria da população brasileira sobre o real papel do Ministério Público, pois é muito frequente, mesmo entre as pessoas que convivem em grandes centros urbanos, a ideia de que o Ministério Público é uma carreira que integra o Poder Judiciário, de que é a Defensoria Pública que tem competência exclusiva para defender os interesses dos hipossuficientes e de que a nossa principal atuação ainda é na área criminal.

Muitas vezes, os que procuram a Ouvidoria nem sequer estiveram na Instituição ou haviam tido atendimento com algum membro, mas queriam apenas esclarecer alguma dúvida sobre uma dificuldade e saber se caberia a intervenção institucional.

Com essa perspectiva devem atuar as Ouvidorias, como divulgadoras de nossas atribuições e facilitadoras quanto a pleitear as demandas do cidadão com pouca informação.

Em muitos órgãos públicos, onde a Ouvidoria vem funcionando há algum tempo e não existe um órgão correcional, percebe-se que a falta de atribuição para uma função fiscalizadora pode influenciar no aprofundamento das investigações das reclamações disciplinares apresentadas, até que tal fato resulte efetivamente no encaminhamento para a adoção de providências saneadoras.

Por isso, com a facilitação de acesso às Corregedorias-Gerais, poderemos obter uma fiscalização mais aprofundada, que implicará a identificação de medidas cautelares necessárias para a investigação, tendo por objeto a coleta dos elementos de convicção que evidenciem a ocorrência de uma falta funcional, passível de sanção.

3. O NOVO PERFIL DOS MEMBROS E A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Outra questão que revela a necessidade de perquirir sobre a eficácia desta atividade reativa das Corregedorias-Gerais deriva das transformações advindas no perfil dos novos integrantes do *Parquet* e das dificuldades institucionais de efetividade das atribuições institucionais, como referido inicialmente.

Percebemos, a cada novo concurso de ingresso, que o Ministério Público vem procurando suprir as suas carências em diversas localidades, conciliando um

perfil de um promotor de Justiça demandista e operoso com os processos judiciais em andamento, assim como de um representante com viés para o desempenho da atividade extrajudicial.

Entretanto, a dinâmica da vida social na modernidade líquida, na esteira do pensamento de Zygmunt Bauman[7] vem produzindo: "padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.".

Outrossim, como a carreira pública ainda representa em nosso País a forma de ascensão social mais democrática, e levando-se em consideração o elevadíssimo número de Instituições de Ensino de Bacharelados em Direito, que está nos colocando próximo ao recorde mundial de bacharéis em direito, e a proliferação de cursos preparatórios telepresenciais, o surgimento de *coachs*, tudo isso vem possibilitando aos milhares de candidatos que anseiam pelo ingresso no Ministério Público uma despreocupação com a necessária vocação para a atividade, pois, quando se habilitam, ficam seduzidos e estimulados tão somente pelas prerrogativas do cargo ou pela remuneração que irão auferir, desde que possam compatibilizar com a qualidade de vida que usufruirão com este novo *status*.

Com as dificuldades estruturais que enfrentam no início da carreira, tanto no que se refere às condições da localidade em que forem lotados quanto com aquilo que lhes seja disponibilizado institucionalmente para o desempenho de sua atividade funcional, não hesitam em abandonar a instituição, quando passam numa outra com melhores estímulos, quando feita uma comparação utilitarista.

Em contrapartida, muitos ingressam na atividade após longos anos de estudo, mas ainda com expectativas de usufruir da juventude, da independência financeira de seus genitores e dos prazeres que essa condição passou a lhes conferir, como compras de carros de alto luxo, padrões de consumo que revelam um enorme descompasso com a maioria da população brasileira e lhes afastam da simplicidade e da humanidade que devem nortear o relacionamento com os hipossuficientes.

Para esse novo perfil de representante do Ministério Público, as Corregedorias-Gerais precisam se preparar quando da montagem de sua equipe de auxiliares, contemplando integrantes que conheçam de perto essa realidade dinâmica, e que tenham enfrentado as mesmas dificuldades há pouco tempo, pois o choque natural de valores e da forma de encarar os desafios da vida, que ocorre entre gerações distintas, mesmo quando integram uma mesma família, também é possível ocorrer em nossa instituição, quando se tem na corregedoria somente auxiliares com muito tempo de atividade e que costumam interpretar o comportamento do recém-ingresso como de descompromisso, por priorizar a residência em centros urbanos com uma melhor estrutura, além de conseguir uma rápida movimentação na carreira.

Tanto a percepção de quem está sendo fiscalizado como a de quem está apto a fiscalizar tem reflexo direto na atuação fiscalizadora das Corregedorias-Gerais,

7 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 13

destacando-se, nesse ponto, um aspecto que se revela como da própria essência do trabalho correcional: a personalidade e a compreensão do que deve ser feito no âmbito das Corregedorias ainda é muito dependente da escolha do corregedor-geral.

Por isso a importância de definir, no âmbito de cada órgão colegiado, qual dos integrantes revela o perfil esperado pela instituição para o exercício do cargo de corregedor-geral.

Essa preocupação é muito mais uma reflexão que ora se propõe, pois, em regra, o integrante do colegiado é eleito para o exercício quando os demais identificam no vencedor da disputa ser este um postulante possuidor de melhores condições do que os demais, ou por uma articulação das forças políticas internas que convergiram em determinado nome, por ser o mais conveniente.

Com a identificação dos perfis institucionais adequados, a análise da questão gerencial do *Parquet* torna-se um caminho inevitável, pois nenhum integrante pode desenvolver alguma atividade funcional sem a nítida percepção das diretrizes postas pelas demais instâncias da administração superior.

4. A IMPORTÂNCIA DA DELIMITAÇÃO DE METAS INSTITUCIONAIS NOS PLANEJAMENTOS ESTRATÉGICOS

A temática acerca do planejamento e da gestão estratégica no âmbito das Corregedorias-Gerais teve abordagem de Jairo Cruz Moreira e Cláudio Henrique Portela do Rego[8] que com propriedade aduziram:

> Em tempos atuais, acena-se para a intensificação de cenários de recessão econômica e escassez de recursos, impondo ainda mais rigor nessa criteriosa forma de atuação. Ter inteligência para perceber as mudanças e agir rápido, com inovação e criatividade, é dever do administrador atento à eficiente condução da organização, focado no atingimento de seus objetivos, por meio de modelo de gestão capaz de lhe propiciar, a um só tempo, o controle da máquina pública e a proatividade na correção de rumos, aproveitando e capitalizando ao máximo as oportunidades de melhorias, quase sempre imperceptivelmente escondidas em correlatas ameaças.

Cumpre observar que, neste atual cenário, persistem em muitas Corregedorias-Gerais, dificuldades institucionais para diminuir a defasagem estrutural, seja no que se refere à relação entre número de membros por 100 mil habitantes, seja no que se refere ao suporte de analistas jurídicos ou assistentes administrativos, que acaba repercutindo em desprovimento em muitas localidades, com a sobrecarga de trabalho sobre os seus representantes, que precisam acumular atribuições em mais de uma promotoria.

O que não se pode deixar de reconhecer é que o investimento precisa ser otimizado, considerando os componentes que se apresentam, com muitas

8 MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; REGO, Cláudio Portela. Gestão Estratégica e Corregedoria Nacional. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional - Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 447, 2016.

necessidades e poucas oportunidades, o que vale dizer, não se pode desejar uma megaestrutura, principalmente no topo da pirâmide institucional, deixando de criar uma base mínima em cada unidade, assim como não se pode deixar de reconhecer o elevado custo de um membro do *Parquet*, na realidade econômica do Brasil.

Da mesma forma, não se pode pensar em informatização sem que haja plena conectividade em todos os pontos de acesso, em que haja uma efetiva atividade funcional.

Para enfrentar esse desafio, a adoção de planejamentos estratégicos, como uma recomendação do CNMP, vem se revelando um caminho viável e necessário. Todavia, esse planejamento deveria estar nos proporcionando a execução de nossa atividade numa perspectiva não apenas restrita ao âmbito de nossas lotações, mas dentro de um espectro mais amplo, o que infelizmente ainda não se verifica, pois prepondera internamente a cultura da atuação individual de cada membro, que, por suas competências e habilidades, podem ou não revelar o desempenho esperado para as missões que lhes são conferidas.

Por isso, ainda não encontramos uma delimitação de níveis de atuação compatíveis com as condições estruturais existentes e cujas metas fossem comprovadamente alcançadas por representantes do Ministério Público das mais diversas áreas, que acumularam a expertise do fazer bem feito, apesar das dificuldades enfrentadas, para que possamos cobrar maior eficiência daqueles que se acomodaram, com o passar do tempo, a fazer o mínimo necessário para garantir que não viessem a responder a algum procedimento administrativo disciplinar.

Poder-se-ia pensar que aumentar o rigor das punições disciplinares seria o caminho mais rápido e fácil a ser sugerido, mas não é aquele que entendemos ser o mais efetivo, pois, no âmbito sancionatório, a gravidade da pena nunca serviu como inibidor da prática de condutas violadoras das normas.

Resgatar em cada membro o interesse em corresponder à expectativa que lhe trouxe para o Ministério Público, por meio de um concurso público de provas e títulos, que, independentemente da época em que foi realizado, sempre será fruto de enorme esforço individual na conquista de um sonho nutrido, é algo mais plausível e perfeitamente ajustado aos trabalhos fiscalizatórios.

Esse desafio das Corregedorias-Gerais deve ter como escopo o fortalecimento dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade, como já advertia Marcelo Zenkner, ao discorrer sobre o processo evolutivo institucional, após duas décadas da Carta Magna de 1988,[9] que devem ser aliados ao princípio da independência funcional, pois este não pode violar os deveres que são inerentes à própria essência de ser representante do *Parquet*.

9 ZENKNER, Marcelo. *Temas Atuais do Ministério Público:* reflexos processuais dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade – revisitando as atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94-96.

Acerca desse tópico, vale a pena reproduzir aqui um trecho de recente pesquisa realizada com análise quantitativa e qualitativa pelo Cesec-Ucam[10], *ex vi*:

> Não obstante a criação de mecanismos formais de controle interno e externo, a outorga dessa ampla autonomia e de amplos poderes ao MP resultou numa espécie de "cheque em branco", que tende a ser preenchido de acordo com inclinações e posicionamentos ideológicos ou idiossincráticos dos membros da instituição. O que as poucas pesquisas existentes têm mostrado e a do CESeC, como se verá, confirma é que aos imensos recursos postos à disposição do MP não correspondem padrões institucionais de atuação nas diferentes áreas de que o órgão está incumbido. Há, sem dúvida, promotores e procuradores que enxergam o MP como poderoso garantidor de direitos e instrumento de justiça para as camadas desfavorecidas da população (Sadek 2000; Silva 2001), mas boa parte tende a restringir-se às funções tradicionais, dependendo as diferenças mais de características individuais – como trajetória ou orientação política – do que dos recursos de atuação com que o órgão pode contar (Barros 2002; Silva 2001; Kerche 2008; Mazzili 2013; Rodriguez 2013). Como também se verá, a carência de padrões de atuação e a fragmentação das escolhas e prioridades colocam em dúvida não só o efetivo cumprimento do amplíssimo leque de funções constitucionais atribuídas ao MP como os próprios princípios de unidade e indivisibilidade que, em tese, o estruturam.

Entendemos, assim, que a construção desse referencial é uma missão do planejamento estratégico, fruto de ampla discussão com todos os segmentos institucionais. Por isso, deve a gestão que lhe der execução, delimitar por períodos as metas, que precisam ser ponderadas pelos órgãos da administração superior.

Os membros, por seu turno, precisam encontrar tempo e disciplina para que possam se dedicar aos projetos institucionais, pois neles prevalece a ideia central dos supracitados princípios institucionais, haja vista que nenhum projeto pode ficar refém da pessoa do seu gestor inicial, mas obviamente que a sua característica pessoal tem um enorme significado para o desenvolvimento das etapas até então alcançadas.

Assim, fica evidente a importância da delimitação de metas e de foco em determinadas áreas consideradas prioritárias, até que estas alcancem um nível de amadurecimento que repercuta na possibilidade real de atenção a outras áreas ou a outros projetos, mesmo que tenha havido alguma descontinuidade em alguma das gestões.

Essa tarefa compete aos gestores ou executores do planejamento estratégico, que devem ter a acuidade necessária para identificar a realidade dinâmica que se apresenta fora dos prazos previamente estabelecidos, quando da elaboração dos planos, considerando as movimentações ocorridas na carreira, os problemas locais que devem ser priorizados pelo Ministério Público, a otimização dos recursos de logística e reforço ao lançamento de projetos, como servem de exemplo as

10 Disponível em: <www.ucamcesec.com.br/projeto/ministerio-publico-guardiao-da-democracia>.

caravanas organizadas no projeto saúde e educação, desenvolvido pioneiramente pelo MP da Bahia.

Com esses ajustes, as Corregedorias-Gerais poderão, por seu turno, acompanhar o cumprimento desses planejamentos estratégicos, dando um suporte na avaliação qualitativa dos trabalhos, revelando novos talentos de gestores e a vocação de tantos outros para algumas áreas de interesse institucional.

Nesse contexto, a melhoria dos parâmetros de análise dos dados coletados pelos órgãos de controle interno revela-se como uma demanda indispensável, ainda em construção.

5. A INDISPENSÁVEL PARAMETRIZAÇÃO DOS TRABALHOS CORRECIONAIS

A ausência de uma tipologia das normas administrativas sancionatórias não apenas no âmbito das leis orgânicas do Ministério Público, mas como uma regra geral, identificada pela doutrina administrativista, reforça a importância já destacada de que o gestor da Corregedoria-Geral tenha postura e conduta que lhe habilitem para essa espinhosa função, pois a expectativa criada tanto nos cidadãos quanto nos membros é no sentido de que este revele um nível de preparo para a função que lhe possibilite, com a sua conduta particular e pública, dar credibilidade àquele órgão que representa.

Essa peculiaridade das normas administrativas de cunho sancionatório as distingue da norma penal, uma vez que nas primeiras prevalece a premissa da preponderância do interesse público sobre o individual, enquanto na norma penal, por uma importante construção dogmática, prepondera a natureza limitadora da intervenção punitiva, sem a indispensável e prévia observância das garantias[11].

É importante lembrar também que, no próprio sistema penal, ocorre uma clara distinção entre os delitos comuns e os próprios, nos quais se inserem aqueles praticados por funcionários públicos. Ocorre na avaliação desses crimes próprios um desvalor da ação mais reprovável para a sociedade, como serve de exemplo a pena imposta ao crime de peculato, quando comparada à apropriação indébita, havendo um nítido agravamento da sanção no primeiro.

Assim, sem uma tipologia limitadora, a interpretação das condutas reveladoras de um comportamento incompatível com a função de representante do Ministério Público influencia diretamente na atuação fiscalizadora da Corregedoria-Geral.

Continuar a análise dos dados estatísticos tem sido um trabalho que vem possibilitando ao Ministério Público um diagnóstico do seu desempenho muito próximo do que efetivamente foi produzido, quando consideramos que houve a alimentação correta dos dados pelo órgão de execução, além da premissa de que havia uma integração sistêmica entre o local e o banco de dados da instituição.

11 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. La Ley Del Más Débil. *Madrid:* Editorial Trotta, 1999. Nesse livro Ferrajoli, inicialmente, discorre sobre a crise do direito e da racionalidade jurídica, apontado três aspectos que podem ser agrupados da seguinte forma: a) a crise da legalidade; b) a crise do Estado social; c) a crise do Estado nacional.

Por isso, a informatização dos serviços é o primeiro objetivo a ser alcançado pelas Corregedorias-Gerais, viabilizando com a facilitação do acesso *à* informação,o preparo de seus servidores e membros para que reconheçam nessa ferramenta tecnológica um facilitador das rotinas administrativas que irá repercutir diretamente numa redução do tempo de determinadas tarefas e na otimização dos trabalhos em tantas outras, que antes exigiam a agregação de novos recursos humanos e de deslocamentos físicos para a coleta de dados.

O desenvolvimento de programas de análise de produtividade, a partir de dados confiáveis e respeitadas as peculiaridades dos objetos comparados também é uma missão extremamente simples e viável atualmente na maioria dos órgãos de controle interno.

Assim, comparar a produtividade de duas promotorias de justiça criminais, com as mesmas demandas, durante determinado período de comparação, é factível e revelador de um valor ao trabalho a ser objetivado nos critérios de avaliação do merecimento nas movimentações de carreira.

A dificuldade atual resiste nas atividades extrajudiciais, pois a mera quantificação das atividades sem a devida valoração das horas dispendidas e da interface com a complexidade que essas áreas possuem não foram ainda objeto de uma parametrização, nada obstante os inúmeros avanços tecnológicos auferidos.

Como dimensionar uma atuação resolutiva em números? Quais parâmetros devem ser estabelecidos nesta análise? Como construir um banco de horas trabalhadas fidedigno para uma valoração eficiente?

Em trabalho substancioso acerca de uma dessas questões, Marcelo Goulart[12] afirma que:

> No cumprimento de sua função de controle de efetividade, as Corregedorias devem avaliar o desempenho das Promotorias de Justiça e dos seus agentes como primeira e principal tarefa. A avaliação de desempenho se faz na comparação das atividades concretamente realizadas com as atividades projetadas e na análise dos resultados alcançados e tem como parâmetros (i) os objetivos e metas estabelecidos nos planos e programas de atuação e (ii) as ações definidas nos projetos executivos.34 Para isso, as Corregedorias precisam desenvolver métodos de avaliação que também levem em conta: (i) a capacitação técnica de agentes políticos e administrativos para a execução dos projetos e (ii) a existência de recursos humanos e materiais suficientes para o desenvolvimento das atividades da Promotoria de Justiça.

O nosso propósito neste artigo é contribuir com a atuação fiscalizadora das Corregedorias-Gerais, principalmente no que se refere à utilização de medidas cautelares, por isso, compreendemos que as respostas dessas questões ainda não

12 GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional - Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 233, 2016.

se encontram suficientemente assimiladas para que possamos aqui defini-las, mas alguns indicadores podem ser adotados, naquelas unidades correcionais mais avançadas na informatização de sua atividade correcional.

Nessa trilha, quando construímos, após anos de exercício de uma atividade funcional, um método de trabalho que serve não somente para a nossa própria atuação, mas como uma boa referência para os colegas que desempenham atividade similar, passamos a ter nesse trabalho o referencial que precisamos para definir como meta ideal ou modelo a ser replicado em tantos outros locais. Essa missão pode ser facilmente otimizada pelas Corregedorias-Gerais, desde que haja a necessária identificação de quais seriam os referenciais idealizados por área específica de atuação: meio ambiente, relações de consumo, habitação e urbanismo, infância e juventude, prevenção e repressão à improbidade administrativa, repressão ao crime organizado, educação e saúde.

No campo das atividades extrajudiciais, para gáudio do Ministério Público, muitos de seus membros desenvolvem atuações que servem de referência na doutrina, na identificação de novas metas de políticas públicas a serem enfrentadas, no enorme desafio de diminuir o abismo socioeconômico com iniciativas compensatórias das diversidades que são incompatíveis com o modelo do Estado de Direito Social e Democrático.

Outra iniciativa, mas ainda passível de aprimoramentos, seria a quantificação de horas de trabalho nos procedimentos extrajudiciais, que pode ser desenvolvida pelas unidades de tecnologia da informação, tendo como referência as horas colocadas nos campos de atuação funcional que pudessem ser ratificadas pela utilização de determinada ferramenta gerencial específica para cada ramo de atuação. Vale dizer que, dentro das rotinas de uma promotoria de justiça especializada e diagnosticada como referência naquela atividade, seria desenvolvido um programa de gestão que registrasse o número de horas desenvolvido naquela determinada atividade – por exemplo duração de uma reunião com representantes de segmentos da sociedade convocados para iniciar tratativa sobre um procedimento de investigação preliminar.

Outra iniciativa, no terceiro momento, seria a comparação qualitativa entre os parâmetros revelados com as diferenças existentes entre os níveis de complexidade de cada procedimento, objeto do trabalho dos órgãos de execução, com os bancos de dados locais ou nacionais de atuações equivalentes que poderiam servir de parâmetros ou, até mesmo, criar um novo marco referencial para o órgão correcional.

Por *último*, a comparação entre os valores quantificados nos dados estatísticos e as metas institucionais projetadas para aquele ramo de atuação, dentro do período delimitado para a análise, que podem ser alterados, quando houver nova definição de estratégia institucional ou o surgimento de outras prioridades para aquele novo período, a ser objeto de análise.

6. AS MEDIDAS CAUTELARES NO ÂMBITO DISCIPLINAR

Considerando os aspectos anteriormente observados ao longo deste tema, destacamos que muitas das iniciativas, quando implementadas, vão reduzir significativamente as demandas dos órgãos de controle sobre medidas cautelares, haja vista o esforço ter se dirigido no sentido de mudarmos a atuação fiscalizatória de sua atual forma reativa para um viés proativo.

Apesar disso, no que se refere ao presente tópico, que ainda subsistirá como importante, mesmo numa nova perspectiva da atuação fiscalizadora, cumpre, inicialmente, observar a questão pela previsão legal.

Assim, vê-se na Lei Complementar nº 75/1993 – LOMP, a possibilidade de afastamento preventivo:

> Art. 260. Havendo prova da infração e indícios suficientes de sua autoria, o Conselho Superior poderá determinar, fundamentadamente, o afastamento preventivo do indiciado, enquanto sua permanência for inconveniente ao serviço ou prejudicial à apuração dos fatos.
>
> § 1º O afastamento do indiciado não poderá ocorrer quando ao fato imputado corresponderem somente as penas de advertência ou de censura.
>
> § 2º O afastamento não ultrapassará o prazo de cento e vinte dias, salvo em caso de alcance.
>
> § 3º O período de afastamento será considerado como de serviço efetivo, para todos os efeitos.

Nas Leis Orgânicas do Ministério Público dos Estados, define-se que, havendo interesse público, o Conselho Superior poderá determinar, pelo voto de 2/3 de seus integrantes, o afastamento cautelar do membro do Ministério Público que tenha praticado infração disciplinar suscetível de ação civil para perda do cargo, antes ou durante o curso da ação, sem prejuízo dos vencimentos.

Os órgãos de controle vêm se utilizando desse mandamento legal, haja vista a ocorrência de faltas funcionais de natureza grave que recomendem adoção dessa medida cautelar, quando houver a presença do *fummus bonis jure* e do *periculum in mora*, a serem sopesados, nessa hipótese, com a supremacia do interesse público, considerando a necessidade em casos concretos, principalmente quando decorrentes da prática de crime, cuja investigação criminal, possibilita, via procedimento de investigação criminal (PIC), o recurso a medidas judiciais, como autorização de interceptações telefônicas, de movimentação financeira e de evolução patrimonial.

As leis orgânicas definem que compete ao procurador-geral de Justiça, com autorização do Órgão Especial Colégio de Procuradores, ajuizar ação de perda de cargo de membro vitalício do Ministério Público, nos casos previstos em lei.

Da mesma forma, o recurso aos meios judiciais cautelares no âmbito das investigações criminais, como supracitado.

Entendemos que a proposição de alteração legislativa, no âmbito dos Ministérios Públicos das diversas unidades da Federação, para conferir ao corregedor-geral, mediante autorização do Órgão Especial do Colégio de Procuradores, como prevista, atualmente, para a ação de perda de cargo ou até mesmo, *ad referendum* do colegiado, considerando a urgência e a perda do nível de sigilo necessário para o aprofundamento das investigações é uma iniciativa a ser adotada para proporcionar aos órgãos de controle maior eficiência da sua atividade fiscalizadora.

Outrossim, observa-se, com a aplicação dos princípios norteadores da Administração Pública, que as medidas cautelares no âmbito disciplinar vêm cada vez mais se revelando necessárias, como se percebe na Lei nº 8.112/1990, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelecendo:

> Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora poderá determinar o seu afastamento no exercício do cargo, pelo prazo de até 60 dias, prorrogável por igual período, sem prejuízo da remuneração. Findo o prazo sem que termine o processo, cessarão os efeitos do afastamento.

Por seu turno, a regulamentação deste afastamento foi tratada na Lei nº 8.443/1992:

> Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Além disso, conquanto haja previsão de aplicação subsidiária na LOMP do Código de Processo Penal, no que se refere às denominadas medidas urgentes, a disciplina do Código de Processo Civil, também deverá servir para suprir eventuais lacunas das leis de regência, conforme aplicação do método de heterointegração, que visa conferir efetividade à previsão do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que dispõe sobre a garantia da razoável duração do processo, numa perspectiva de utilização de uma técnica pós-moderna do direito, em sua compreensão de um direito fundamental, posicionamento que vem se construindo, após a vigência do art. 15 do CPC que dispôs: "*Art.15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*"

Nessa trilha, o novo Código de Processo Civil deu disciplina às denominadas medidas de urgência, considerando que o tempo serve como um fator de deterioração dos direitos. Por isso, as antecipações dos efeitos da tutela e medidas cautelares encontram-se no contexto de redução dos prejuízos que o decurso do tempo possa vir a causar aos direitos antes que eles sejam reconhecidos e satisfeitos[13].

13 Disponível em: <http://www.direitocom.com/cpc-comentado>. Acesso em: 26 fev. 2017.

Há disposição legal no sentido de garantir a antecipação dos efeitos da tutela quando houver fatos incontroversos no processo (Código de Processo Civil, art. 273, § 6º). Isso ocorre, pois não é possível cindir o julgamento do objeto do processo, julgando procedente parte do pedido do autor, e havendo o prosseguimento do curso normal da demanda com relação aos outros; só pode haver uma sentença. O requisito urgência é inútil para esse tipo de tutela antecipada, que é fundada exclusivamente no altíssimo grau de probabilidade de existência do direito. Ademais, provisoriedade também é característica desse tipo de tutela antecipada: ainda que haja incontrovérsia sobre determinado fato, é possível que, ao longo da instrução probatória quanto aos outros fatos que não são incontroversos, a presunção decorrente dela enfraqueça-se ou fique desmentida. Em contrapartida, quando todos os fatos forem incontroversos, autoriza-se ao juiz o próprio julgamento antecipado da lide (Código de Processo Civil, art. 330).

Por isso, considerando o dinamismo das circunstâncias que são envolvidas na preservação do interesse institucional, revela-se como necessária, a proposição aos referidos órgãos especiais de alteração legislativa, possibilitando a autorização aos corregedores-gerais para ajuizar medidas urgentes quando estiver em curso procedimento de investigação de falta funcional que revele a necessidade de propor afastamento preliminar do indiciado, quando pela gravidade da infração for punível com disponibilidade ou demissão.

7. CONCLUSÃO

A proposta deste artigo parte das premissas apontadas do contexto em que a atuação fiscalizadora das Corregedorias-Gerais se apresenta, no aspecto formal atual, com algumas iniciativas que revelam necessidade de atualização de seus conceitos e, principalmente, na sua maneira de enfrentar o dinamismo das atuações funcionais para superação das dificuldades que a sociedade brasileira vem passando, para podermos encontrar a nossa estabilidade de concepção do que realmente vem a ser nosso valor enquanto Instituição permanente e defensora do regime democrático e dos interesses sociais, assim como, pela natureza que os órgãos de controle da atividade funcional ainda possuem e, assim, possam estar vigilantes, servindo como os guardiães da credibilidade e do respeito auferidos.

Os órgãos de controle possuem uma vida longa e revelam para os que a ele se dedicam uma compreensão do valor dos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade, na medida em que o trabalho correcional é exercitado, diuturnamente em um trabalho de equipe, em que cada iniciativa de um dos seus integrantes terá reflexo imediato na ideia do órgão correcional. Por isso, a importância da seleção entre os inúmeros membros que possuem perfil para a função, daqueles que acreditem no trabalho e se apresentem com lealdade e responsabilidade aos interesses da Instituição.

A continuidade de um trabalho que foi inicialmente bem sedimentado é uma tarefa menos recompensadora no plano político do que dos interesses institucionais,

mas o enfrentamento do trabalho correcional com um viés institucional desde o início sempre será a melhor forma de atuar nas Corregedorias e proporcionar um plano de segurança e de viabilidade dos planejamentos de gestão.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional, Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* v. I, p. 49-107, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <www.direitocom.com/cpc-comentado>. Acesso em: 26 fev. 2017.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional, Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 295-314, 2016.

FERRAJOLLI, Luigi. *Derechos y Garantías La Ley Del Más Débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

GARCIA, Emerson. *Temas Atuais do Ministério Público:* as Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. Configuração constitucional das Corregedorias do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional, Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, v. I, p. 11-27, 2016.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público Resolutivo. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional – Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* v. I, p. 315-328, 2016.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MOREIRA, Jairo Cruz Moreira; REGO, Cláudio Portela. Gestão Estratégica e Corregedoria Nacional. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional, Papel Constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* v. I, p. 439-453, 2016.

UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES – UCAM. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. *Ministério Público:* Guardião da Democracia Brasileira? 2016. Disponível em: <www.ucamcesec.com.br/projeto/ministerio-publico-guardiao-da-democracia>. Acesso em: 26 fev. 2017.

A ATIVIDADE FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE DISCIPLINAR

Rodrigo Leite Ferreira Cabral[1]

Resumo: O presente artigo busca identificar os objetivos do Direito Administrativo Disciplinar e as funções da sanção disciplinar. Da mesma forma, pretende iniciar a discussão a respeito do método de aplicação da sanção disciplinar aos membros do Ministério Público brasileiro.

Palavras-chave: Ministério Público. Fundamentos da pena disciplinar. Aplicação da sanção disciplinar.

Abstract: The present article seeks to identify the goals of the Disciplinary Administrative Law and the functions of the disciplinary sanctions. Besides, seeks to begin the discussion about the methods of determination of the disciplinary sanctions imposed to the Public Prosecutors in Brazil.

Keywords: Public Prosecutor Office. Foundations of the Disciplinary Sanctions. Determination of Disciplinary Sanctions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da aplicação da Pena. 2.1. Da identificação da sanção aplicável. 2.2. Da aplicação da sanção na teoria da pena exata (regra aplicável à maioria das sanções disciplinares). 2.3. Da aplicação da sanção na teoria do âmbito do jogo (v.g. suspensão). 2.4. Do concurso de ilícitos disciplinares. 3. Conclusão. 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

O papel da Corregedoria na sua atividade fiscalizadora não se esgota com a apuração dos fatos em reclamação disciplinar ou em sindicância, afigurando-se fundamental o acompanhamento do resultado dos trabalhos por ela desenvolvidos.

Assim, a coroação e ápice de um trabalho adequado da Corregedoria, caso se confirmem os fatos descritos na peça de acusação, vem com a condenação a uma sanção disciplinar justa.

1 Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do *Max-Planck-Institut* para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alemanha. É promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, estando atualmente convocado para atuar como membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Atua, também, como promotor-corregedor da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná.

Essa simples constatação já é suficiente para revelar a importância, também para a Corregedoria, do desenvolvimento de critérios adequados para a aplicação da sanção disciplinar, mesmo porque caberá à Corregedoria, também, avaliar se houve a adequada aplicação da pena para decidir se é o caso ou não de interposição de recurso perante o órgão interno de revisão ou mesmo de propositura de pedido de revisão de processo administrativo disciplinar perante o plenário do Conselho Nacional do Ministério Público.

Tal relevância, no entanto, é diretamente proporcional à complexidade e dificuldade que apresenta a abordagem do tema, que envolve questões profundas, como as que tratam das funções do Direito Administrativo Disciplinar, da relação entre tais funções e a aplicação da sanção, assim como dos parâmetros e *guidelines* de determinação da pena.

Toda essa complexidade, inexoravelmente, leva a uma primeira conclusão: um artigo introdutório sobre o tema da aplicação da sanção disciplinar, como o presente, para que possa se desenvolver de modo minimamente fluido, deve, necessariamente, partir de algumas premissas, sobre as quais – por limitações de tempo e espaço – não será possível debater com a profundidade necessária.

Com isso em mente, no presente trabalho da opção metodológica de assumir, sem discussão, três premissas fundamentais para o desenvolvimento do tema.

(i) A primeira premissa diz respeito à função do Direito Administrativo Disciplinar. Aqui, partir-se-á da concepção de que o Direito Disciplinar tem como função iniludível prevenir a prática de novos ilícitos administrativos. Assim, a exemplo do que ocorre no Direito Penal, levar-se-á em conta neste trabalho que a pena não tem função retributiva, mas sim preventiva[2].

Afinal, como bem preconiza Vives Antón:

> [...] toda punição que não sirva absolutamente a qualquer finalidade de prevenção geral, nem especial e que, portanto, não cumpra função alguma de tutela, é juridicamente inaceitável, por mais grave que seja o delito que justifique a sua imposição; pois, carente de qualquer finalidade, a punição já não seria uma pena jurídica, mas sim uma espécie de exorcismo. [3]

A segunda premissa, que servirá de apoio ao presente artigo, é a de que deve existir necessariamente uma inter-relação entre as funções do Direito

2 A respeito da evolução dessa discussão sobre os fundamentos da pena em Direito Penal, Schünemann consigna que: "Na Alemanha dominou até os anos sessenta a teoria da retribuição, sendo que a teoria da prevenção geral, estava, ao mesmo tempo, também em descrédito. Contra essa, entre outras coisas, se havia objetado – já em 1963, por nosso homenageado, professor e mentor Claus Roxin – que não podia fundamentar o rigor da pena, nem limitar suas consequências; que era questionável desde o ponto de vista político-criminal e que carecia de uma firme legitimação em consonância com os fundamentos jurídicos. Poucos anos mais tarde, se proclamava o 'adeus a Kant e Hegel' pelos que haviam sido autores do Projeto Alternativo, que tão extraordinariamente influiu na reforma do Direito penal e que permitiu a na sequência considerar, durante certo tempo, como verdadeiro motor da reforma penal alemã, a tese da prevenção especial, com as medidas de segurança de caráter sócio-terapêutico como sua ponta de lança, propostas por dito Projeto e aceitas à época pelo legislador. No entanto, poucos anos mais tarde, se declarava em uma ampla frente a crise da ideologia do tratamento. E se alça agora, com impressionante rapidez, surgindo como a Fênix das cinzas, o conceito da denominada prevenção geral positiva. Em 1992, Claus Roxin a classifica como ´quase dominante´" (SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*, in Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Bosch, 1997, p. 89-90).

3 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1060.

Disciplinar e as balizas interpretativas que iluminarão as operações de aplicação da sanção disciplinar.

Em outras palavras, na aplicação da pena disciplinar, a autoridade administrativa deverá, necessariamente, levar em conta a função preventiva do Direito Disciplinar como norte interpretativo[4].

A última premissa adotada neste trabalho – e possivelmente, também, a mais problemática – é a de que a melhor forma de prevenir a prática de novas infrações disciplinares é por meio da observância de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

Essa última premissa pode causar certa estranheza precisamente porque a ideia de proporcionalidade tem íntima ligação com a natureza retributiva da pena (que é rechaçada neste trabalho, como visto na primeira premissa), não tendo tradicionalmente vinculações diretas com as teorias preventivas.

No entanto, aqui se defende que a melhor forma de prevenir ilícitos é que a Administração tenha uma atuação justa, evitando-se, assim, o surgimento de sentimentos de revolta naqueles que eventualmente tenham imposta contra si uma pena excessiva ou de sentimentos de desamparo naqueles que – apesar de terem se deparado ou sofrido os efeitos de um ilícito disciplinar grave – acabem por verificar, ao final, a aplicação de uma pena insuficiente[5].

Em suma, aqui se defende que, na aplicação da sanção disciplinar, deve-se levar em conta que:

(i) o Direito Disciplinar tem uma nítida função preventiva;

(ii) na aplicação da pena, tal função deve ser levada em consideração; e

(iii) a melhor forma de promover-se a função preventiva do Direito Disciplinar é por meio da observância rigorosa pelo julgador do princípio da proporcionalidade, em que deve existir um paralelismo entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, evitando-se excessos e insuficiências.

2. SOBRE A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR

Assentados esses três pontos fundamentais, não há alternativa que não o exame da legislação de regência sobre o tema para verificar como deve se dar a aplicação da sanção disciplinar.

4 A doutrina majoritária do Direito Penal – cujas razões aqui são também aplicáveis –, do mesmo modo, entende que deve existir necessariamente tal inter-relação. No entanto, vale advertir que vêm ganhando forças as propostas que propugnam uma desvinculação entre a função preventiva do Direito Penal e os critérios de aplicação da pena (nesse sentido são especialmente as teorias da proporcionalidade da pena). Sobre esse tema, cf.: BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes. Valencia: Tirant lo Blanch2011, p. 85 e seguintes.

5 Sobre esse tema e a fundamentação para adotar essa premissa, discorri largamente alhures (ainda que com a finalidade de justificar a necessidade de um tratamento penal mais severo para os injustos dolosos que para os culposos): CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje:* hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje. Tesis (Doctoral) – Universidad Pablo de Olavide, 2016a, p. 64 e seguintes.

Antes, porém, é de se consignar que, no que diz respeito ao regime jurídico de aplicação da sanção disciplinar – a exemplo do que ocorre no Direito Penal –, as Leis Orgânicas do Ministério Público têm à sua disposição, pelo menos, três modelos fundamentais de individualização da pena:

(i) a teoria do âmbito de jogo (*Spielraumtheorie*), que defende que a aplicação da pena não pode ser estabelecida em um ponto concreto, mas sim que deve existir uma franja de atuação, com patamares mínimos e máximos previstos pelo legislador, no âmbito do qual o julgador deve trabalhar para a individualização da pena;

(ii) a teoria da pena exata (*Punktstrafetheorie*), em que se defende que a culpabilidade deve ser concretizada por meio de um ponto exato, sendo que somente tal valor é o adequado para reprovar a culpabilidade do sujeito, ou seja, o legislador fixa a pena que entende correspondente a cada delito; e

(iii) a teoria do valor de posição (*Stellenwerttheorie*), em que, uma vez fixado o *quantum* da pena em um ponto concreto, deve-se, em seguida, avaliar o tipo de pena a ser aplicada, de acordo com os fins preventivos da sanção penal[6].

Expostas essas hipóteses, cumpre agora analisar qual foi o regime jurídico de aplicação da pena escolhido pelo legislador para ser aplicado aos membros do Ministério Público brasileiro.

Aqui, porém, enfrenta-se um grave problema: cada Lei Orgânica de cada Ministério Público tem a competência legislativa e a possibilidade de estipular um regime próprio de aplicação de sanção administrativa aos seus respectivos membros.

Felizmente, contudo, apesar dessa possibilidade, é possível constatar – da análise das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União – que a solução apresentada pelos diversos legisladores foi bastante homogênea, uma vez que quase todas as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos brasileiros[7], com exceção de uma[8], acabaram por adotar, em geral, a teoria da pena exata.

6 BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*: Parte General. Civitas: Pamplona, 2010, p. 1304-1305. Sobre o tema, também, veja-se: MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2001, p. 146 e seguintes; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Marcial Pons: São Paulo, 2015, p. 35 e seguintes.

7 Cf.: LOMPAC, arts.198 a 199; LOMPAL, arts. 170 a 175; LOMPAP, art. 161; LOMPAM, arts. 132 a 135; LOMPBA, arts. 212 a 219; LOMPCE, arts. 229 a 242; LOMPES, arts. 129 133; LOMPGO, arts. 196 a 200; LOMPMA, arts. 141 a 145; LOMPMT, arts. 94 a 97; LOMPMS, art. 178; LOMPMG, arts. 209, 211 a 220; LOMPPA, arts. 170 a 176; LOMPPB, arts. 190 a 195; LOMPPR, art. 16; LOMPPE, arts. 80 a 85; LOMPPI, arts. 152 a 158; LOMPRJ, arts. 129 a 132; LOMPRN, arts. 215 a 220; EMPRS, arts. 115 a 118b; LOMPRO, arts. 153 a 156; LOMPRR, arts. 153 a 158; LOMPSP, arts. 240 a 244; LOMPSE, arts. 129 a 132; LOMPTO, arts. 176 181; LOMPU, art. 240.

8 A Lei Orgânica do MPSC, relativamente às penas de advertência, censura ou suspensão inferior a quarenta e cinco dias, parece adotar a teoria do âmbito de jogo (vide: "Art. 223. As penas de advertência, censura ou suspensão inferior a quarenta e cinco dias serão aplicadas no caso de descumprimento de dever funcional, conforme a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada, os danos que dela resultaram ao serviço, a terceiro, à dignidade da Instituição ou da Justiça, e os antecedentes do infrator"). Ainda que, relativamente às sanções de suspensão, de quarenta e cinco a noventa dias (art. 224), de cassação de disponibilidade ou da aposentadoria (art. 226) e demissão (art. 227), também, adote a teoria da pena exata.

No entanto, tal homogeneidade tem uma importante exceção escondida no bojo de grande parte das Leis Orgânicas consistente na previsão da aplicação da pena de suspensão[9].

Isso porque, normalmente, a previsão da pena de suspensão traz consigo um marco mínimo de dias de suspensão e um marco máximo, adotando, dessa maneira, a denominada teoria do âmbito do jogo.

Em suma, a maioria das sanções administrativas aplicáveis aos membros do Ministério Público brasileiro segue a teoria da pena exata, tendo tal regra uma exceção principal no que diz respeito à pena de suspensão, em que se adota a teoria do âmbito do jogo.

Assentada essa premissa, tem-se claro que a operação de aplicação da sanção disciplinar deverá atentar-se para os seguintes passos: a) identificar a pena correspondente ao tipo administrativo; b) caso a pena aplicável seja exata, deverá esta ser a aplicada; e c) caso a pena aplicável submeta-se ao âmbito do jogo, deverá o julgador realizar uma nova operação, em que deverá individualizar a pena entre os marcos estabelecidos na lei.

De tal maneira, com o objetivo de dar seguimento ao exame da fixação da pena disciplinar no âmbito do Ministério Público, a seguir serão expostos esses passos com maior detalhamento.

2.1. Da identificação da sanção aplicável

O Direito Administrativo Disciplinar trabalha – a exemplo do Direito Penal – com tipos administrativos que descrevem as condutas ilícitas e as correspondentes sanções a serem aplicadas.

No entanto, ao contrário do Direito Penal, o Direito Disciplinar – precisamente por ser a *prima ratio,* e não a *ultima ratio* como é o Direito Penal – trabalha com tipos administrativos mais abertos[10].

9 Nesse sentido, veja-se a previsão do art. 164, incisos IV e V, da LOMPPR: "Art. 164. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas: (...) IV - a de suspensão, até quarenta e cinco dias, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com censura; V - a de suspensão, de quarenta e cinco a noventa dias, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com suspensão até quarenta e cinco dias, e mais seguintes:" Constata-se, pois, que a pena de suspensão pode ser fixada entre um a quarenta e quatro dias ou entre quarenta e cinco e noventa dias, ou seja, existem marcos mínimos e máximos para a fixação da pena de suspensão.

10 Ainda que em Direito Administrativo exista certo grau de liberdade na elaboração de tipos administrativos mais abertos, há restrições a tal técnica de tipificação. A esse respeito, consigna García de Enterría o seguinte a respeito do Direito Administrativo espanhol, cujo raciocínio é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro: "En materia disciplinaria [...] resulta difícil evitar [...] la formulación de standards deontológicos de conducta a los que conectar efectos sancionatorios. A este efecto, convendrá retener dos cosas: una, que el artículo 26 de la Constitución prohíbe formalmente los llamados Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil, que juzgaban 'en conciencia' si el inculpado era 'indigno de seguir desempeñando sus funciones' (Ley 17 octubre 1941), juicio abierto e inmotivado que resulta, por tanto, excluido de nuestro ordenamiento, y no sólo por razones de procedimiento; en segundo lugar, que esos standards deberán interpretarse como conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, deberá rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos y no por meros juicios apodícticos o de invocación del abstracto honor o dignidad de un coletivo." (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 180). Sobre deontologia no Ministério Público, cf.: PACILEO (2011, p. 413 e ss).

Precisamente por conta dessa abertura, é comum na prática que a Administração Pública se depare com uma conduta que pode ser subsumida a mais de um tipo administrativo.

Em outras palavras, considerando que existem diversos tipos administrativos abertos nos ilícitos disciplinares, torna-se bastante frequente a constatação de que a um mesmo fato seja possível aplicar mais de um tipo legal.

De tal maneira, caso isso ocorra, estará configurado o que tecnicamente se denomina de concurso aparente de normas ou de leis, em que um mesmo fato pode ser subsumido a duas normas distintas.

Nesses casos, o julgador deverá lançar mão dos três critérios existentes para a solução do conflito aparente de normas, quais sejam, o princípio da especialidade, da subsidiariedade e da consunção.

(i) O princípio da especialidade é aplicado quando existe a possibilidade da aplicação de duas normas, mas um dos tipos legais (*lex specialis*) ostenta determinadas características adicionais que o outro não detém (*lex generalis*), devendo, portanto, ser aplicado o tipo especial (*lex specialis derogat legi generali*) [11].

(ii) O princípio da subsidiariedade incide quando um determinado tipo legal deva ser aplicado apenas de forma subsidiária, existindo, pois, uma lei primária que deve ser a utilizada no caso (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)[12].

(iii) O princípio da consunção deve ser utilizado quando "o conteúdo de um ilícito-típico inclui em regra o de outro facto, de tal modo que, em perspectiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprime já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento.". [13]

Portanto, uma vez constatada a existência de um conflito aparente de normas, cumprirá ao julgador empregar esses três princípios para a solução do conflito com o objetivo de identificar o tipo administrativo mais adequado ao fato que é objeto do processo administrativo disciplinar.

Por fim, caso persista a dúvida interpretativa do tipo administrativo aplicável, cumprirá ao julgador fazer a subsunção pelo tipo administrativo mais benéfico, em uma espécie *in dubio pro reo* interpretativo.

O uso desse último princípio, porém, é excepcionalíssimo, uma vez que o *in dubio pro reo* é utilizado, via de regra, para a solução a respeito de dúvidas de fato, sendo que as dúvidas a respeito da aplicação do direito, como visto, devem ser solucionadas com o auxílio dos vetores e critérios de interpretação.

Assim, cumprida a primeira etapa da aplicação da pena, consistente na identificação clara do tipo penal a ser aplicado à espécie, cumprirá ao julgador verificar se a sanção correspondente ao aludido tipo penal prevê uma pena exata

11 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, Tomo I. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra/RT, 2007, p. 994 e ss.

12 Ibid., p. 997 e ss.

13 Ibid., p. 100-1001.

(v.g. advertência, censura, demissão, cassação de aposentadoria) ou prevê um âmbito de jogo na aplicação da pena (v.g. suspensão de quinze a trinta dias).

Dependendo do critério adotado pelo legislador, as operações relativas à aplicação da pena seguirão um caminho distinto, como se explicará a seguir.

2.2. Da aplicação da sanção na teoria da pena exata (regra aplicável à maioria das sanções disciplinares)

Uma vez constatado que o tipo administrativo aplicável à espécie adota a teoria da pena exata, fica fácil a aplicação da pena, uma vez que, nesse caso,

> [...] não é possível admitir que exista um marca ou uma zona adequada à culpabilidade, mas apenas que a culpabilidade deve concretizar-se em um ponto exato. Esse e somente esse é conteúdo da pena adequado à culpabilidade do sujeito.[14]

Nesses casos, portanto, não há discricionariedade do julgador, devendo, pois, aplicar precisamente aquela pena prevista em lei para o ilícito praticado.

No sentido de que a aplicação da pena nesses casos é um ato vinculado, é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo que:

> 4. Não obstante os procedimentos administrativos estarem sujeitos a controle judicial amplo quanto à legalidade, uma vez verificado que a conduta praticada pelo servidor se enquadra em hipótese legal de demissão (art. 132 da Lei 8.112/1990), a imposição dessa sanção é ato vinculado, não podendo o administrador ou o Poder Judiciário deixar de aplicá-la ou fazer incidir sanção mais branda amparando-se em juízos de proporcionalidade e de razoabilidade.[15]

Portanto, quando a pena prevista para o tipo administrativo é determinada, não se faz mais necessária a observância de qualquer outra etapa na dosimetria da pena: basta aplicar a sanção prevista em lei.

2.3. Da aplicação da sanção na teoria do âmbito do jogo (v.g. suspensão)

Caso o tipo administrativo, no entanto, preveja uma pena que estabeleça marcos mínimos e máximos, em clara adotação à teoria do âmbito do jogo, como ocorre normalmente com as penas de suspensão, o procedimento da aplicação da pena prescindirá de uma nova etapa.

---

14 BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 1304. Veja-se que esse modelo está praticamente abandonado no Direito Penal, cf.: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*, op. cit., p. 36.

15 STJ – MS 18.350/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2016, DJe 29/11/2016. Veja-se que há um largo número de precedentes nesse sentido, como, inclusive, consta da ementa citada, *verbis*: "Nesse sentido: MS 21.197/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 10.2.2016; MS 18.504/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 18.122/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20.2.2013; MS 15.690/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010; MS 11.093/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 2.6.2015; RMS 35.667/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.9.2013, e AgRg no REsp 1.279.598/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31.10.2014."

Nesse caso, cumprirá inicialmente ao julgador examinar se na respectiva Lei Orgânica existe algum dispositivo orientador a respeito de como deverá ser calibrada a pena entre os marcos mínimos e máximos.

Na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná, assim como na Lei Orgânica do Ministério Público da União (a exemplo do que ocorre em outras Leis Orgânicas), existe previsão expressa que estabelece as balizas de tal fixação da pena.

Nesse sentido, o art. 241 da LOMPU dispõe:

> Art. 241. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.[16]

Assim, cada um desses critérios deverá ser sopesado, no momento da aplicação da sanção disciplinar, para examinar se a pena deverá ser fixada no mínimo, em patamar intermediário ou no seu máximo legal.

Veja-se que essa operação de aplicação da pena disciplinar deverá ser iluminada pelo horizonte interpretativo estabelecido pelas funções do Direito Administrativo Disciplinar, consistente na busca do ideário preventivista que deve informar toda e qualquer aplicação de sanção administrativa, como já consignado no início deste trabalho.

Assim, a observância do princípio da proporcionalidade entre a gravidade do fato e a severidade da sanção, como meio de obtenção de penas justas, constituirá um inegável parâmetro a ser seguido nas operações de aplicação dessas penas disciplinares.

Vale lembrar, como pontua Hörnle, que:

> A gravidade do delito depende da responsabilidade objetiva (do dano, em outras palavras) e da responsabilidade subjetiva (as intenções e grau de negligência), assim como da culpabilidade individual.[17]

De tal maneira, a pena deve guardar um grau de severidade paralela à gravidade do ilícito, com o objetivo de promover-se a função preventiva do Direito Disciplinar, evitando-se, assim, penas insuficientes ou excessivas.

2.4. Do concurso de ilícitos disciplinares

Por fim, outra questão que se afigura extremamente relevante na aplicação da sanção administrativa diz respeito ao concurso de infrações disciplinares.

Aqui, ao contrário do concurso de leis já comentado, em que há a possibilidade de aplicação de mais de uma norma para um só fato, constata-se a concorrência de

16 No mesmo sentido é o art. 165 da LOMPPR: "Art. 165. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça."

17 HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003, p. 36.

diversos fatos ilícitos, que podem – e muitas vezes o são – ser processados e julgados em um mesmo processo administrativo disciplinar, por conta de conexão entre eles.

A grande dúvida aqui repousa sobre a possibilidade ou não de aplicar-se o instituto da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, também, aos ilícitos administrativos.

Em nossa opinião, somente é possível a aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva às infrações disciplinares quando houve previsão expressa de tal possibilidade na respectiva Lei Orgânica, inclusive com a fixação de critérios para a majoração da pena nessas hipóteses[18].

Assim, não havendo disposição legal específica permitindo a aplicação de tal ficção, afigura-se de rigor a imposição do cúmulo material das infrações disciplinares[19], uma vez que: (i) a administração pública está vinculada ao princípio da legalidade (CR, art. 37, *caput*), sendo que, não existindo lei, não há como o julgador deixar de impor o cúmulo material; (ii) a continuidade delitiva tem efeitos deletérios tanto ao acusado quanto ao interesse público[20], não podendo ser aplicada analogicamente; e (iii) inexistindo previsão específica na legislação, não há como operacionalizar eventual

18 Osório consigna o seguinte sobre as omissões das legislações a respeito do tema da continuidade delitiva: "É preocupante, certamente, o silêncio sistemático e nocivo do Direito Administrativo Sancionador pátrio, como regra geral, no trato dessa matéria, sendo forçoso constatar o silêncio de inúmeras ou da quase totalidade das legislações administrativas repressoras no campo federal, nos Estados e Municípios, embora não se possa generalizar a esse respeito, até mesmo por ausência de pesquisas de campo nesse sentido." (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 347). Como se verá, a nosso sentir, não é equivocada essa omissão das legislações, dado os efeitos deletérios que o instituto da continuidade delitiva ostenta.

19 Sobre esses efeitos deletérios consignei alhures que: "A esse respeito, vale trazer alguns dos argumentos utilizados para a extinção do referido instituto na Alemanha, que serão expostos de acordo com as lições do professor Claus Roxin (os apontamentos a seguir foram extraídos fundamentalmente da obra: ROXIN, Claus. *Direito Penal, Parte General, Tomo II*: especiales formas de aparición del delito. Madrid: Thomson Reuter, 2014, p. 1027-1028). Em prejuízo do acusado, Roxin afirma que o instituto da continuidade delitiva trazia dois efeitos deletérios. O primeiro consistia na facilitação que a continuidade trazia aos juízes na apreciação do feito. Nesses casos, não raro, o juiz acabava por fundir a análise dos fatos em um exame global, gerando assim apenas um exame superficial dos ilícitos imputados. Ou seja, analisava-se os fatos de modo geral, sem aprofundar a apreciação de cada fato individual imputado nas acusações penais. Foi precisamente nesse sentido crítico que decidiu o Tribunal Federal alemão ao consignar que: 'A utilização generosa da ação continuada induziu também, em várias ocasiões, a comprovações demasiadamente globais, que impediram um exame da realização do tipo e do grau da culpabilidade pelo tribunal de revisão, dando lugar a consideráveis restrições às possibilidades de defesa do acusado, que suscitaram a preocupação de que o juiz houvesse se deixado levar por uma impressão do conjunto, confusa em seus limites, e não pela convicção a respeito da realização do tipo em cada caso concreto.' (BGHSt 40, 147) Outro problema que a continuidade delitiva gerava ao acusado era o da prescrição. De acordo com a regência então vigente na Alemanha, o prazo prescricional somente começava a correr após a prática do último ato parcial que compunha a ação continuada. Com isso a persecução penal acabava alcançando fatos muitas vezes demasiadamente antigos, gerando assim sérios prejuízos ao acusado. Por outro lado, a continuidade delitiva, também, trazia efeitos deletérios à ideia de justiça, uma vez que resultava em um tratamento privilegiado para o autor de diversos fatos. Assim, por exemplo, quem cometia vinte ou duzentos fatos acabava recebendo a mesma pena, de modo que a continuidade delitiva acabar por importar em um sério prejuízo ao princípio da igualdade, já que dois criminosos que praticaram fatos bastante diversos acabavam por receber a mesma resposta penal do Estado. Além disso, após a prática de um determinado número de fatos criminosos, a regra da continuidade delitiva importa na total impunidade dos novos fatos praticados, não havendo mais qualquer motivo para o agente deixar de continuar a prática dos crimes, já que os novos fatos, ao fim e ao cabo, acabariam deixando de receber qualquer resposta penal. Não bastasse isso, a incidência da continuidade delitiva podia gerar consequências despropositadamente benéficas ao sentenciado no âmbito da coisa julgada. Isso porque, já tendo, por exemplo, o criminoso sido condenado por três fatos em continuidade delitiva, a eventual descoberta posterior de novos fatos praticados em continuidade delitiva, acabava ficando sem resposta penal, já que estava vedada a realização de nova imputação com relação a esses novos fatos, por se tratarem de atos praticados sob o marco de um mesmo fato contínuo, que já estavam protegidos pelos efeitos da coisa julgada." (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, 2016b, p. 15-17).

20 Sobre os problemas da aplicação da continuidade delitiva em matéria penal e seus reflexos na aplicação das sanções disciplinares, cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, (2016b, p. 15 e ss.). Veja-se que o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público vem adotando a tese da impossibilidade da aplicação da continuidade delitiva, impondo-se assim o concurso material, veja-se: CNMP – PAD 1.00022/2015-81, rel. Antônio Duarte, j. 31.03.2016.

majoração da sanção disciplinar, pois, como visto, a quase totalidade das Leis Orgânicas dos Ministérios Público adota a teoria da pena exata, não havendo como trabalhar entre franjas mínimas e máximas, mesmo porque a maioria das sanções não trabalha com penas fixadas em prazo, mas sim em natureza distinta (v.g. advertência, censura, demissão)[21]. Portanto, não é possível majorar, por exemplo, uma censura em um sexto a dois terços, como ocorre no Direito Penal (art. 71).

De tal maneira, considerando-se a imprescindibilidade da previsão legislativa específica para aplicação da pena na forma de continuidade delitiva e tendo em conta os efeitos deletérios que podem causar ao acusado (v.g. facilitação na apreciação do caso, com uma vista geral do caso, sem uma atenção especial para cada fato) e ao interesse público (v.g. prejuízo ao princípio da igualdade com a aplicação de sanções iguais para autores que cometeram fatos bastante distintos e impunidade das infrações disciplinares após um determinado número de fatos) decorrentes de tal instituto[22], é possível concluir pela inaplicabilidade dessa ficção jurídica no âmbito disciplinar, salvo se: (i) houver expressa previsão em lei; ou (ii) se a continuidade delitiva configurar a outra sanção administrativa mais ampla, a ser aplicada ao caso por força do princípio da especialidade.

3. CONCLUSÃO

Com isso, encerra-se esse breve ensaio sobre a aplicação da sanção disciplinar no âmbito do Ministério Público brasileiro, rogando-se que o tema seja cada vez mais debatido e desenvolvido para que se tenha cada vez mais um processo administrativo justo e uma pena proporcional, sem excessos nem insuficiências.

4. REFERÊNCIAS

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal:* Parte General. Civitas: Pamplona, 2010.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje*: hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje. Tesis (Doctoral) – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2016a.

21 Sobre inaplicabilidade da continuidade delitiva em matéria disciplinar, já me manifestei anteriormente em: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, (2016b, p. 15 e ss.). Veja-se que o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público vem adotando a tese da impossibilidade da aplicação da continuidade delitiva, impondo-se assim o concurso material. Nesse sentido: CNMP – PAD 1.00022/2015-81, rel. Antônio Duarte, j. 31.03.2016.

22 A respeito dos motivos que levaram ao abandono de tal instituto no Direito Penal alemão, cf.: ROXIN Claus. *Direito Penal, Parte General, Tomo II*: especiales formas de aparición del delito. Madrid: Thomson Reuter, 2014, p. 1027-1028.

_____. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, 2016b.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal:* parte geral. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo/Coimbra: RT, 2007. Tomo I.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. v. II.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003.

MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PACILEO, Vicenzo. *Pubblico Ministero*: Ruolo e funzioni nel processo penale e civile. Assago: Utet Giuridica, 2011.

ROXIN, Claus. *Direito Penal, Parte General*: especiales formas de aparición del delito. Madrid: Thomson Reuter, 2014. Tomo II.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (Ed.). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Bosch, 1997.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Marcial Pons: São Paulo, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ABORDAGEM PRÁTICA SOBRE A ATIVIDADE FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS QUANTO À PENA DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

[Practical approcach on the supervisory activity of the public Prosecution´s Offices of Professional Responsability related to the disciplinary penalty of suspension of the public prosecutor]

Rafael Schwez Kurkowski[1]

Resumo: O presente artigo examinará, com um viés prático, o papel das Corregedorias do Ministério Público quanto à aplicação da pena disciplinar de suspensão ao membro, incluindo a possibilidade do seu afastamento preventivo. As diferenças entre as leis orgânicas do Ministério Público brasileiro, com destaque para incongruências suas, aliadas à escassa doutrina a respeito do tema, justificam o presente trabalho. Para tanto, além da revisão bibliográfica, serão utilizadas, prioritariamente, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, as Leis Orgânicas Estaduais do Ministério Público, a Lei nº 8.112/1990 e a Lei nº 9.784/1999.

Palavras-chave: Corregedoria. Afastamento preventivo do membro. Pena de suspensão.

Abstract: The present article will examine with a practical bias the role of the Public Prosecution's Offices of Professional Responsibility related to the application of the disciplinary penalty of suspension to the public prosecutor, including the possibility of his preventive removal. The differences between the Public Prosecutor organic Acts, with highlight to some of its incongruences, allied to the scarce studies about the topic justify the present work. Therefore, in addition to the bibliographic review, will be used primarily the Federal Public Prosecution organic Act, the Public Prosecution organic Acts of the states, the Federal Act. nº 8.112/90 e the Federal Act nº 9.784/1999.

Keywords: Public Prosecution's Offices of Professional Responsibility. Preventive removal of the public prosecutor. Disciplinary penalty of suspension.

Sumário: 1. Introdução. 2. As atribuições da Corregedoria quanto à pena de suspensão. 2.1. As Corregedorias-Gerais. 2.2. A Corregedoria Nacional. 3. A suspensão do membro do Ministério Público. 3.1. A suspensão cautelar ou o afastamento preventivo do membro. 3.2. A pena disciplinar de suspensão do membro do Ministério Público. 4. Conclusão. 5. Referências

1 Rafael Schwez Kurkowski, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela Faculdade Pio Décimo, aluno do Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Membro do Ministério Público do Estado de Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>. E-mail: rafaelsk@cnmp.mp.br.

1. INTRODUÇÃO

Com o incremento da atividade correcional das Corregedorias-Gerais do Ministério Público brasileiro, sobretudo da Corregedoria Nacional, houve um significativo aumento dos processos[2] disciplinares oferecidos contra membros[3] do Ministério Público[4]. Por meio de tais processos, em razão da prática de alguma falta funcional, pretende-se, à semelhança do processo penal, notadamente das suas funções preventiva geral e preventiva especial, retribuir o mal causado pelo membro faltoso, admoestá-lo a não reiterar o ilícito funcional e desestimular outros membros a incorrerem em faltas disciplinares.

Essa aproximação do Direito Administrativo Disciplinar ao Direito Processual Penal caracteriza um verdadeiro *Direito Administrativo Sancionador*, aquele por meio do qual os princípios penais, com as devidas adaptações, são aplicáveis ao Direito Administrativo com a finalidade de assegurar aos acusados os direitos fundamentais. A isonomia, aliada ao devido processo legal, que interdita a arbitrariedade dos poderes públicos, e à ausência de distinções substanciais entre ilícitos penais e administrativos justifica essa teoria. Assim, a consequência da "unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais"[5]. Não por outra razão, leis orgânicas do Ministério Público determinam a aplicação subsidiária das normas processuais penais ao seu processo disciplinar.[6]

2 Adota-se, no presente trabalho, a corrente que diferencia processo, enquanto conjunto de atos direcionados a uma finalidade, de procedimento, que cuida da forma pela qual o processo (o conjunto de atos) se desenvolve até o seu término. Nesse sentido, conferir: CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pallegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 295.; e TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158. Dessa forma, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, integrado pela Corregedoria Nacional, o processo disciplinar pode ocorrer sob as seguintes formas (procedimentos), segundo o seu Regimento Interno (Resolução nº 92, de 13 de março de 2013): reclamação disciplinar (art. 74), sindicância (art. 81), processo administrativo disciplinar (art. 88), avocação de processo ou procedimento administrativo disciplinar (art. 106) e revisão de processo disciplinar (art. 109).

3 Os membros do Ministério Público são classificados como agentes políticos. Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. [...] O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 229.)

4 No âmbito da Corregedoria Nacional do Ministério Público, recentemente, por exemplo, os seguintes processos discutiram o afastamento preventivo ou a suspensão enquanto pena de membros: ED em PD nº 0.00.000.000326/2013-60, Cons. Rel. Cláudio Henrique Portela do Rego, j. em 07.10.13; PCA nº 0.00.000.001676/2014-24, Cons. Rel. Esdras Dantas Souza, j. em 28.01.15; PAD nº PAD nº 1.00162-2015 (objeto do mandado de segurança nº 34217/DF, perante o STF); RPD nº 0.00.000.000197/2014-91, Cons. Rel. Jeferson Luiz Pereira Coelho, j. em 09.06.14; RPD nº 0.00.000.000318/2015-85, Cons. Rel. Claudio Henrique Portela do Rego, j. em 19.02.16; RPD nº 0.00.000.000446/2015-29, Cons. Rel. Marcelo Ferra de Carvalho, j. em 27.01.16; RPD nº 0.00.000.001194/2014-74; PAVOC nº 0.00.000.001690/2013-47, Cons. Rel. Claudio Henrique Portela do Rego, j. em 24.03.15; RPD nº. 1.00407/2015-02, Cons. Rel. Fábio George Cruz da Nóbrega, j. em 31.05.16; RPD nº. 1.00074/2016-01, Cons. Rel. Valter Shuenquener de Araújo, j. em 13.09.16; RPD nº 1.00201/2016-08, Cons. Rel. Leonardo Carvalho, j. em 26.07.16; RPD nº 1.00173/2016-93, Cons. Rel. Orlando Rochadel Moreira, j. em 13.06.16; RPD nº 0.00.000117/2015-88, Cons. Rel. Otávio Brito Lopes, j. em 24.11.15. Destaca-se ainda a vasta quantidade de reclamações disciplinares que são instauradas no âmbito da Corregedoria Nacional a fim de acompanhar processos administrativos disciplinares que são instaurados pelas Corregedorias-Gerais.

5 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 18 (prefácio de Diogo de Figueiredo Moreira Neto) e 121.

6 Por exemplo: art. 261 da LOMPU; art. 214 da LOMP/AC; art. 235 da LOMP/BA; art. 252 da LOMP/CE; art. 211 da LOMP/GO; art. 211 da LOMP/PB; art. 161 da LOMP/PI; art. 190 da LOMP/PR; art. 142 da LOMP/RJ; art. 252 da LOMP/RN; art. 176 da LOMP/RO; art. 160 da LOMP/RR; art. 239 da LOMP/SC; art. 257 da LOMP/SP; e art. 204 da LOMP/TO.

Sinteticamente, com apoio em Mazzilli[7], ressalvadas pequenas variações nas leis orgânicas estaduais, as sanções disciplinares passíveis de serem aplicadas aos membros do Ministério Público são as seguintes: a) advertência, para casos de negligência e de pequena gravidade; b) censura, para casos mais graves e reincidência em infração punida com advertência; c) suspensão, para reincidência em falta punida com censura ou suspensão e para fato cuja gravidade recomende a aplicação imediata de suspensão; d) demissão, cabível apenas para membros não vitalícios; e e) cassação da disponibilidade ou da aposentadoria, para membros inativos que tenham praticado, quando em atividade, falta passível de perda do cargo ou demissão. Já a perda do cargo se destina à prática de crime incompatível com o exercício do cargo, ao exercício da advocacia e ao abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

As Corregedorias-Gerais e a Corregedoria Nacional do Ministério Público têm papel fundamental na apuração desses ilícitos, em função da sua atividade correcional.

Nesse contexto, o presente artigo, mediante revisão bibliográfica e pesquisa legal e jurisprudencial, abordará a atividade desempenhada pelas Corregedorias no âmbito da pena disciplinar de suspensão. Tal tópico não tem sido explorado suficientemente pela doutrina, na qual se observa uma relativa carência de estudos a respeito, o que justifica o presente trabalho. Ademais, há diferenças e incongruências nas próprias leis orgânicas do Ministério Público, o que representa uma dificuldade adicional, realçando o interesse deste artigo.

Com a finalidade de apresentar considerações de ordem prática para a aplicação da pena de suspensão, serão utilizadas, como referência, a Lei Complementar nº 75/1993 (LOMPU) e, subsidiariamente, por tratarem de regime disciplinar e/ou processo administrativo, a Lei nº 8.112/1990 e a Lei nº 9.874/1999. Igualmente, quando necessário, será utilizado o Código de Processo Penal, porque este integra o Direito Administrativo Sancionador. Rememora-se que a Lei nº 8.625/1993 (LONMP) é omissa quanto a matéria disciplinar, pois "relegou a questão disciplinar dos membros do Ministério Público para as leis complementares locais"[8].

Impõe-se, todavia, um corte temático. Estudar-se-ão a pena disciplinar de suspensão e o afastamento preventivo do membro; em razão da limitação de espaço, da diversidade das funções representadas por eles e da singularidade de alguns princípios a que estão submetidos, não serão abordados os afastamentos possibilitados na impugnação do vitaliciamento do membro, previsto no art. 60 da LONMP[9], que tem função cautelar[10], e na prática de improbidade

7 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209-210.

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 515.

9 BRASIL. *Lei nº 8.625/1993*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

10 "O afastamento previsto neste artigo tem caráter cautelar, e não afeta qualquer direito constitucional do membro do Ministério Público por ele atingido, nem mesmo o da presunção de inocência." (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:* Lei nº 8.625/ de 12.02.1993. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 731.).

administrativa, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8429/1992[11], igualmente de caráter cautelar[12].

2. AS ATRIBUIÇÕES DA CORREGEDORIA QUANTO À PENA DE SUSPENSÃO

2.1 As Corregedorias-Gerais

As Corregedorias-Gerais do Ministério Público desempenham função relevante quanto à pena de suspensão. Prevista na LOMPU, na LOMNP e nas Leis Orgânicas estaduais como "órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público", a Corregedoria, órgão de controle interno, é responsável pela apuração das condutas passíveis de sancionamento disciplinar.

Essa atividade de apuração, observada a formalidade inerente à Administração Pública, depende da instauração regular de processo administrativo. Todas as leis orgânicas preveem, para tanto, a possibilidade da instauração, inclusive de ofício pelo corregedor-geral, de sindicância e de processo administrativo disciplinar, embora nem sempre sob essa denominação. O processo administrativo disciplinar (*stricto sensu*), que pode resultar na aplicação de qualquer penalidade, garante ao acusado o contraditório e a ampla defesa[13]. Já a sindicância, se ostentar caráter punitivo, como ocorre na LOMP/MG (art. 234)[14], deve garantir esses direitos fundamentais ao acusado; diversamente, ela será inquisitorial se se destinar apenas para a caracterização da justa causa, enquanto prova da materialidade e indícios de autoria, a fim de materializar o processo administrativo disciplinar, como ocorre na LOMP/PB (art. 204)[15]. Nesse último caso, a sindicância não tem o condão de prejudicar o acusado, razão porque os direitos fundamentais, especialmente o contraditório e a ampla defesa, são mitigados[16].

Impende destacar que algumas leis orgânicas do Ministério Público exigem o processo administrativo disciplinar para a aplicação da pena de suspensão, enquanto outras permitem que a sindicância imponha essa sanção, hipótese em que ela assume caráter punitivo, como ocorre no MPGO (art. 204)[17].

11 BRASIL. *Lei nº 8.429/1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

12 "O parágrafo único, a seu turno, prevê medida tipicamente cautelar, cuja inspiração, ao que parece, remonta ao CPP (art. 312)." (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 942.).

13 Vide, a propósito, o art. 175 da LOMP/PR: Art. 175. O processo administrativo disciplinar, instaurado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, será contraditório, assegurando-se ao acusado ampla defesa.

14 Art. 234. A sindicância, de caráter sigiloso, tem por finalidade a aplicação da pena de advertência, mediante averiguação da conduta do membro do Ministério Público, podendo instruir, quando for o caso, o procedimento disciplinar administrativo.

15 Art. 204. A sindicância terá caráter inquisitivo e valor informativo, obedecendo a procedimento sumário, devendo ser concluída, no prazo máximo, de trinta dias, a contar da instalação dos trabalhos.

16 "A sindicância, que visa apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar, ainda sem a presença obrigatória de acusados." (Superior Tribunal de Justiça, MS 10.828/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 02/10/2006, p. 220)

17 Art. 204 - Para efeito de aplicação das penalidades previstas nesta lei, o procedimento administrativo disciplinar será dividido em sindicância e processo disciplinar administrativo, da seguinte forma: I - Sindicância, quando cabíveis as penas de advertência, censura e suspensão por até 90 (noventa) dias;

No atinente à instauração desses processos disciplinares, em regra, a Corregedoria pode atuar de ofício, com base em qualquer peça de informação de que disponha, desde uma representação ou reclamação apresentada contra um membro até uma inspeção ou correição que tenha realizado e constatado alguma irregularidade. A Corregedoria também pode ser provocada pelo procurador-geral de Justiça ou pelo Colégio Superior.

Além da instauração de processo disciplinar, inclusive de ofício, algumas leis orgânicas conferem atribuição à Corregedoria-Geral para aplicar algumas das penas disciplinares. As seguintes leis orgânicas permitem que o corregedor-geral aplique as penas de advertência e/ou de censura: LOMP/AL (art. 91, II); LOMP/AM (art. 132 e 133); LOMP/MA (art. 150, parágrafo único); LOMP/MG (art. 211), LOMP/MS (art. 183, II); LOMP/PB (art. 223, I); LOMP/RJ (art. 136), LOMP/SC (art. 222), LOMP/SE (art. 128, § 3º) e LOMP/TO (art. 176). O MPCE, na redação original do art. 231 da LOMP/CE, permitia que o corregedor-geral aplicasse inclusive a pena de suspensão; todavia, após a alteração desse artigo pela Lei Complementar Estadual nº 157/2016, a determinação das penas de advertência, censura e suspensão passou a ser atribuição do procurador-geral de Justiça. Já o art. 211, § 2º, da LOMP/BA, incumbe o corregedor-geral de aplicar, além das penas de advertência e censura, a de suspensão.

Decomain explica essa possibilidade de o corregedor-geral aplicar pena disciplinar:

> O inciso V do art. 17 desta lei [Lei nº 8.625/93] prevê também a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas disciplinares a membros do MP pelo Corregedor-Geral da Instituição, nos moldes da Lei Orgânica local. Dessa forma, caberá às leis dos Estados definir quais as penalidades a serem aplicadas pelo Procurador-Geral de Justiça e quais as da alçada do Corregedor-Geral do Ministério Público.Se eventualmente as leis locais nada disserem a esse respeito, incumbirá exclusivamente ao Procurador-Geral a aplicação de sanções disciplinares a membros do MP. E isso porque a presente lei, ao conferir tal atribuição ao Corregedor-Geral, remete à lei local, deixando, porém, de fazê-lo, quando insere essa mesma atribuição entre as conferidas ao Procurador-Geral. Dessa forma, no silêncio da lei local sobre penalidades administrativas a serem aplicadas pelo Corregedor-Geral, apenas o Procurador-Geral de Justiça pode impor penas disciplinares a membros do MP.[18]

Nesse ponto, registra-se a crítica amparada na quebra da imparcialidade quanto à possibilidade de o mesmo órgão responsável pela instauração do processo disciplinar decidir a respeito da pena. Emerson Garcia pontua que "parece de duvidosa constitucionalidade uma norma que atribua a um mesmo órgão o poder de iniciar e de decidir o processo disciplinar"[19]. Ele prossegue sustentando que

18 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:* Lei nº 8.625, de 12.02.1993. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 107.

19 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 665.

a regra do art. 17, V, da Lei nº 8.625/1993[20], nos casos em que concentre no corregedor-geral as atribuições de instauração e de decisão do processo disciplinar, compromete a comezinha exigência de imparcialidade do órgão julgador.[21] Nessa mesma linha crítica segue Mazzilli: "não raro a LONMP admite que o indiciado seja absurdamente julgado pelo mesmo órgão que o acusa e que preside a instrução"[22]. Ele igualmente pontua que "a lei deve atribuir as funções acusatórias a um órgão – por exemplo, ao corregedor-geral – e as funções decisórias a outro – por exemplo, ao procurador-geral –, sob pena de ingressar no campo da inconstitucionalidade"[23].

Não há, todavia, a inconstitucionalidade aventada por esses dois doutrinadores. Por um argumento pragmático, não se justifica, entre as vastas atribuições do procurador-geral de Justiça, acrescentar a aplicação de uma simples advertência ou censura, penalidades reservadas para infrações de menor gravidade. Além disso, ao instaurar um processo administrativo disciplinar, o corregedor-geral constitui uma comissão, a qual tem autonomia e independência para apresentar um relatório conclusivo – que não vincula o corregedor-geral – no sentido da absolvição do membro acusado. Ademais, existe a possibilidade da interposição de recurso contra a decisão do corregedor-geral que aplica a pena disciplinar, hipótese em que o julgamento competirá a um órgão que nunca teve contato com o processo disciplinar. Todo esse contexto desvanece a alegada parcialidade.

2.2 A Corregedoria Nacional

Por sua vez, a Corregedoria Nacional do Ministério Público, integrante do Conselho Nacional do Ministério Público, exerce papel fundamental na área disciplinar. Segundo o art. 130-A da CF[24], o CNMP[25], entre outras atribuições, exerce o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público. Para tanto, ele pode receber reclamações contra membros e destas conhecer, sem prejuízo da competência disciplinar e correcional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a

20 Art. 17. A Corregedoria-Geral do Ministério Público é o órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições: V - instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo disciplinar contra membro da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis, na forma da Lei Orgânica;

21 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 665.

22 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

23 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 529.

24 BRASIL. *Constituição Federal.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

25 Sobre a natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público, que não integra o Ministério Público, conferir Mazzilli, para quem o CNMP é órgão de natureza exclusivamente administrativa, destinado ao controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 424.), e Emerson Garcia, que o define como "órgão constitucional autônomo dissociado dos Poderes do Estado" (GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 222).

remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

Ao corregedor nacional, eleito entre os conselheiros provenientes do Ministério Público e a quem se veda a recondução, compete, na área disciplinar, receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares; exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral; 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.

Por essa última atribuição, revisional, que se aplica apenas a processos envolvendo membros do Ministério Público, excluídos os seus servidores[26], o CNMP pode revisar a aplicação de uma penalidade disciplinar pelo órgão correcional local. Após o trânsito em julgado da decisão disciplinar local[27], é possível, por exemplo, revisar uma pena de censura para torná-la suspensão[28], agravar o tempo de suspensão[29] ou inclusive absolver o membro[30].

A competência disciplinar do CNMP é *originária* e *concorrente*[31] à das Corregedorias-Gerais, como restou decidido na ADI nº 4638/DF. Embora esta ação se refira ao Conselho Nacional de Justiça, dada a identidade das funções e da natureza jurídica deste com o CNMP, os seus argumentos são aplicáveis para este. Logo, ante a notícia de possível prática de ilícito funcional por membro do Ministério Público, o Conselho não necessita aguardar a atuação da Corregedoria local para então agir, ela pode instaurar imediatamente o devido processo disciplinar. Inclusive, essa competência disciplinar originária e concorrente justifica a avocação pelo Conselho de processo disciplinar em trâmite perante a Corregedoria de origem. Se o feito avocado tiver natureza investigativa ou inquisitiva, preparatório ao processo administrativo disciplinar, ele será encaminhado ao Corregedor Nacional, à vista do art. 106, § 1º, do RICNMP[32].

---

26 A competência revisora conferida ao Conselho Nacional do Ministério Público limita-se aos processos disciplinares instaurados contra os membros do Ministério Público da União ou dos Estados (inc. IV do § 2º do art. 130-A da Constituição da República), não sendo possível a revisão de processo disciplinar contra servidores. (MS nº. 28827, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma do STF, j. em 28.08.12).

27 Os arts. 110 e 111, ambos do RICNMP, exigem o trânsito em julgado para que o CNMP, de ofício ou mediante a provocação de qualquer cidadão, instaure a revisão de processo disciplinar.

28 P. ex.: RPD nº. 0.00.000.000318/2015-85, Cons. Rel. Claudio Henrique Portela do Rego, j. em 19.02.16.

29 P. ex.: CNMP, RPD nº. 0.00.000.000197/2014-91, Cons. Rel. Jeferson Luiz Pereira Coelho, j. em 09.06.14.

30 P. ex.: CNMP, PCA nº. 0.00.000.001676/2014-24, Cons. Rel. Esdras Dantas Souza, j. em 28.01.15.

31 Nesse sentido, conferir Mazzilli (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 426.). Em posição contrária, sustentando a "subsidiariedade da atuação do Conselho na aferição dos aspectos disciplinares", em verdadeira postura de *self restraint*, conferir Emerson Garcia (GARCIA, Emerson. *Ministério público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 230).

32 A Resolução nº 92, de 13 de março de 2013, que cuida do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público, está disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/RESOLUO_92_ASSINADA.pdf>. Acesso em 4 dez. 2016.

Igualmente, por força dessa competência concorrente, o CNMP pode, visando à punição do membro faltoso, em vez de revisar uma sindicância não punitiva instaurada pela Corregedoria local na qual houve absolvição, instaurar imediatamente um processo administrativo disciplinar[33].

Verificado o delineamento geral das atribuições da Corregedoria, com o foco voltado à pena de suspensão, passa-se ao estudo do afastamento preventivo para, depois, ao exame da pena disciplinar de suspensão.

3. A SUSPENSÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

3.1 A suspensão cautelar ou o afastamento preventivo do membro

As leis orgânicas do Ministério Público preveem, de um modo geral, a possibilidade de afastamento preventivo do membro que esteja respondendo a processo disciplinar. Ostenta legitimidade para requerer tal providência o corregedor-geral.

Nesse ponto, já vale destacar a observação de Emerson Garcia quanto à necessidade de esse afastamento ser deliberado pelo Conselho Superior ou pelo Colégio de Procuradores:

> [...] Apesar disso, por força do disposto no art. 128, § 5º, I, *b*, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e ressalvada a existência de decisão judicial, entendemos que o membro do Ministério Público somente poderá ser afastado do exercício regular de suas funções, caso o interesse público o exija, 'mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa', sendo esta a interpretação que preserva as prerrogativas de tais agentes e a *ratio* do texto constitucional.Como desdobramento dessa conclusão, vedado será que tal atribuição seja conferida ao Procurador-Geral de Justiça, sendo aconselhável, para a manutenção de uma certa coerência sistêmica, que a atribuição seja acometida ao Conselho Superior, órgão a que cabe, por força do art. 15, VIII, da Lei n. 8.625/1993, determinar a disponibilidade ou a remoção dos membros do Ministério Público. Inexistirá óbice, no entanto, a que a valoração do afastamento aqui analisado seja conferida ao Colégio de Procuradores, sendo tal atribuição um *minus* em relação à remoção ou à disponibilidade.[34]

É a mesma posição de Mazzilli:

> Para não burlar a garantia constitucional da inamovibilidade, o afastamento cautelar de membro do Ministério Público há de ser decidido pelo colegiado

33 Os argumentos que sustentem essa conclusão são muito bem explicados por Ricardo Andrade Rangel (RANGEL, Ricardo Andrade. Pressupostos da revisão de processo disciplinar no CNMP. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*. Brasília, Edição n. 03. set. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Boletim_3edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2016.

34 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

> competente” [35]. [...] Não se dispensam as formalidades mínimos e o quorum exigível para a remoção compulsória, pois esse afastamento é uma verdadeira remoção provisória cautelar..

Daí, aliás, já se nota a compatibilidade do afastamento preventivo com o princípio da inamovibilidade. Este não pode servir de blindagem em favor do membro para a prática de falta disciplinar. Por tal razão, uma vez preenchidos os pressupostos para a medida, impõe-se a sua decretação.

Essa necessidade de decisão colegiada é respeitada pelo CNMP. Segundo o art. 89, § 3º, do RICNMP, no:

> [...] processo administrativo disciplinar, o Relator *ad referendum* e o Plenário poderão afastar o acusado pelo prazo previsto na respectiva lei orgânica ou por até cento e vinte dias, prorrogáveis justificadamente, se omissa a legislação pertinente, assegurado o subsídio ou remuneração integral.

A LOMPU, à semelhança das demais leis orgânicas, prevê, no seu art. 260, o afastamento preventivo do acusado, em havendo prova da infração e indícios suficientes de autoria. A finalidade dessa medida é cautelar[36]: evitar que a permanência do membro seja inconveniente ao serviço público e/ou prejudicial à apuração dos fatos investigados.

Os requisitos para a suspensão cautelar têm nítida aproximação aos requisitos das medidas cautelares no âmbito do processo penal (*fumus comisi delicti* – art. 312 do CPP), como já reconheceu o STJ[37]. Assim, é necessária a presença da materialidade da infração preventiva somada aos indícios suficientes de autoria. No caso específico disciplinar, a finalidade da medida é evitar o risco à prestação do serviço público e/ou evitar que o acusado prejudique a produção probatória.

Como não se trata de juízo antecipado de condenação, o tempo de afastamento preventivo é considerado como serviço efetivo[38]. Igualmente, não se admite o desconto no subsídio[39]. Inclusive, a previsão em lei estadual de perda parcial de remuneração de servidor público durante o afastamento preventivo é inconstitucional[40]. Afinal, nenhum aspecto punitivo pode ser adiantado sem o reconhecimento da prática de algum ilícito funcional.

---

35 MAZZILLI. Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

36 A tutela cautelar é “forma essencialmente preventiva de proteção jurisdicional, destinada a preservar a incolumidade dos direitos ou de algum interesse legítimo, ante uma situação de emergência que o os coloque em posição de risco iminente de periclitação”. (SILVA, Ovídio Araújo Batista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 339.).

37 RMS 34.348/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 18/09/2015.

38 Exemplificativamente, conferir o art. 147, § 2º, da LOMP/AL, e o art. 178, § 3º, da LOMP/PR, que têm a seguinte redação: O período de afastamento será considerado como de efetivo exercício, para todos os efeitos. Ademais, essa é a posição de Lucarelli (LUCARELLI, Fábio Dutra. In: ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). *Comentários à lei do regime único dos servidores públicos civis da união* – Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 282.).

39 Os seguintes julgados reconheceram a impossibilidade de desconto na remuneração de servidor público durante o seu afastamento cautelar: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REOMS 0055811-14.1999.4.01.0000 / AP, Rel. Desembargador Federal José Amilcar Machado, Rel. Conv. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes (Conv.), Primeira Turma, Dj P.12 de 16/10/2006; Superior Tribunal de Justiça, RMS 12.072/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, Julgado em 21/10/2003, Dj 01/12/2003, p. 404.

40 RMS 1.754/PR, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA do STJ, julgado em 24/08/1994, DJ 26/09/1994, p. 25597.

Em decorrência da proporcionalidade[41], ínsita a qualquer restrição a direito, impende tecer algumas observações sobre o afastamento preventivo. Frisa-se que a proporcionalidade deve ser obedecida pela Administração Pública, conforme previsão no art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

Em primeiro lugar, deve-se observar o comezinho princípio de que o meio não pode ser mais gravoso do que o fim. "Repugna ao senso mediano a decretação de uma medida cautelar cuja execução produza um resultado superior àquele a ser obtido no processo principal."[42] O inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que tem aplicação analógica ao processo disciplinar, sobretudo no âmbito do CNMP, é direto, ao mencionar que devem ser observados os critérios de "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público". Por consequência, o afastamento preventivo não tem lugar quando a pena disciplinar final for de advertência ou censura, como expressamente previsto em algumas leis orgânicas estaduais[43]. Esse foi um dos principais argumentos para o STF conceder medida liminar em mandado de segurança, a fim de suspender o afastamento preventivo determinado pelo CNMP em relação a membro a quem se imputava infração disciplinar punível com advertência: "Processo administrativo disciplinar. Promotor de justiça. Afastamento cautelar. Infração disciplinar punível com a pena de advertência. Desproporcionalidade com afastamento preventivo"[44].

Em segundo lugar, impõe-se uma limitação temporal da medida restritiva. Diferentemente do afastamento preventivo da LOMAN (art. 27, § 3º, da Lei Complementar nº 35/1979), que não tem prazo definido[45], a LOMPU prevê um limite de 120 dias. As demais leis orgânicas estaduais também preveem tetos próprios. Além de esse limite não poder ser elastecido[46], em se tratando de infração disciplinar punível com suspensão, o afastamento preventivo não pode ultrapassar o prazo máximo da própria pena de suspensão. Exatamente por tal razão, no âmbito das seguintes leis orgânicas, o prazo máximo de afastamento cautelar do membro é igual ou inferior ao prazo máximo da pena de suspensão: LOMP/AM (arts. 134, § 1º, e 147, § 1º); LOMP/ES (arts. 131 e 139, § 1º); LOMP/MT (arts. 93, III, e 105); LOMP/PB (arts. 192 e 208); LOMP/PI (arts. 151 e 173); MPRJ (arts. 131 e 141, §1º); MPRN (arts. 214 e 235); MPRO (arts. 152, III, e 189, § 3º); MPRR (arts. 152 e 171); e LOMP/SE (arts. 141 e 128).

41 Considerações mais profundas sobre a proporcionalidade serão tecidas na subseção 3.2 deste trabalho.

42 OLIVEIRA, Eugenio Pacceli; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 637.

43 P. ex.: art. 208, parágrafo único, da LOMP/PB; art. 173 da LOMP/PI; art. 178, § 1º, da LOMP/PR; art. 235, parágrafo único, da LOMP/RN; e art. 171, parágrafo único, da LOMP/RR.

44 STF, MS 33349 MC / DF, Relator(a): Min. LUIZ FUX, j. em 04/12/2014, p. DJe-241 DIVULG 09/12/2014 PUBLIC 10/12/2014.

45 O afastamento motivado do magistrado de suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, após a instauração de processo administrativo disciplinar, pode estender-se até a decisão final. (MS 28306, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, j. em 02/03/2011, DJe-057 DIVULG 25-03-2011 PUBLIC 28-03-2011 EMENT VOL-02490-01 PP-00127).

46 A propósito, vide o seguinte julgado: REO 95.04.53431-7, QUARTA TURMA do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, DJ 19/05/1999.

Na LOMP/AL (arts. 79, III, e 92, § 1º), não há prazo para a medida de suspensão preventiva, não obstante ela seja prevista. Na linha do raciocínio acima esposado, no MP/AL, o prazo de afastamento preventivo deve ser equivalente ao prazo máximo da pena de suspensão.

Em contrapartida, há uma potencial inconstitucionalidade, por afronta à proporcionalidade, nas seguintes leis orgânicas, as quais preveem que o afastamento preventivo do membro possa ser superior à própria pena de suspensão: arts. 240, III e IV e 260, § 2º, da LOMPU; arts. 210 e 196, IV, da LOMP/AC; arts. 253 e 237, III, ambos da LOMP/SP; arts. 160, III, e 171, parágrafo único, da LOMP/AP; arts. 211, III, e 231, parágrafo único, da LOMP/BA; arts. 225, III, e 241, §§ 2º e 3º, da LOMP/CE; arts. 194 e 207, parágrafo único, da LOMP/GO; arts. 167, III, 209, 210 e 211, todos da LOMP/PA; arts. 164, IV e V, e 178, § 2º, ambos da LOMP/PR; arts. 179, §1º, e 202, § 2º, ambos da LOMP/TO; e arts. 220, III e IV, e 235, parágrafo único, ambos da LOMP/SC.

Tendo em vista os princípios da unidade do ordenamento jurídico e da presunção de constitucionalidade das leis, para não se declarar a inconstitucionalidade apontada no parágrafo anterior, deve-se lançar mão de uma interpretação conforme a Constituição exatamente no sentido de limitar o tempo de afastamento preventivo ao máximo da pena de suspensão. Essa solução permite a manutenção desses dispositivos, pois corrige o erro pelo qual o meio – cautela – é mais gravoso do que o fim – pena.

Por outro lado, destaca-se o caso do MPMA, cuja lei orgânica não traz previsão da possibilidade de suspensão preventiva. A rigor, o art. 143, parágrafo único, da LOMP/MA, apenas prevê que prazo máximo da pena de suspensão seja de 90 dias. Não obstante a omissão legislativa quanto à possibilidade do afastamento preventivo, tendo em vista o poder geral de cautela ínsito a qualquer órgão julgador, essa medida de afastamento preventivo, desde que limitada a noventa dias, deve ser admitida, no âmbito do Ministério Público maranhense. A propósito, esta é a posição sustentada por Emerson Garcia.[47]

De outra banda, o afastamento preventivo é compatível com a sindicância, desde que esta seja punitiva e observe o contraditório e a ampla defesa, tal como Fábio Lucarelli sustenta, em relação à Lei nº 8.112/1990[48]. Acrescenta-se, na linha do raciocínio acima exposto quanto ao princípio de que o meio não pode ser mais gravoso do que o fim, que a sindicância, para fins do cabimento do afastamento preventivo, deve permitir a aplicação da pena de suspensão. Assim, embora muitas leis orgânicas prevejam esse afastamento cautelar apenas para o processo administrativo disciplinar (referido aqui como espécie, e não como gênero), tal como

47 GARCIA, Emerson. *Ministério público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 345.

48 LUCARELLI, Fábio Dutra. ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). *Comentários à lei do regime único dos servidores públicos civis da União:* Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 279. Registra-se, contudo, a existência de precedentes em sentido contrário, admitindo o afastamento apenas em sede de processo administrativo disciplinar: Por exemplo: 20010020056545MSG, Relator NATANAEL CAETANO, Conselho Especial do TJDFT, julgado em 19/03/2002, DJ 15/05/2002 p. 73; e AG 2009.04.00.003796-8, QUARTA TURMA do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator VALDEMAR CAPELETTI, D.E. 11/05/2009.

o RICNMP (art. 89, § 3º), o poder geral de cautela já referido justifica essa postura. Contudo, na prática, será pouco provável a ocorrência de afastamento preventivo em sede de sindicância, pois, enquanto esta não exige prova da materialidade, tampouco de indícios suficientes de autoria, aquela exige tais requisitos, tendo em vista o seu rigor.

Frisa-se que o próprio CNMP, a despeito da sua competência concorrente e revisional, deve conformar o art. 89, § 3º, do RICNMP, de modo a suspender preventivamente o membro processado apenas pelo prazo máximo equivalente ao da pena disciplinar de suspensão prevista na Lei Orgânica do Ministério Público a que pertence o membro processado.

3.2 A pena disciplinar de suspensão do membro do Ministério Público

De arranque, com amparo em Mazzilli, consigna-se que a suspensão nem sempre constitui sanção disciplinar, como "nos casos de problemas mentais"[49]. Não obstante, tendo em vista a repercussão negativa sobre a esfera jurídica do membro processado, a observância dos direitos fundamentais, especialmente do contraditório e da ampla defesa, é essencial.

A suspensão consiste, em linhas gerais, na proibição, por tempo determinado, de o membro processado exercer o seu cargo. Além disso, não há o pagamento do subsídio ao membro. Tampouco o período da suspensão pode ser computado como exercício efetivo do cargo.

A pena de suspensão, a exemplo do art. 240, III e V, da LOMPU, geralmente tem cabimento para os casos de reincidência em infração punida com censura ou suspensão e inobservância das vedações legais e constitucionais ao membro.

Ela também tem cabimento quando a gravidade do fato recomendar a sua aplicação imediata, como ocorre no art. 214, I, da LOMP/BA, e no art. 198, I, da LOMP/GO. Nesses casos, abre-se um espectro amplo de opções ao órgão julgador. Afinal, ele pode aplicar, para um determinado fato, desde a pena de advertência até a de suspensão. A fim de aplicar a pena disciplinar correta, o órgão julgador deve recorrer a um exame de proporcionalidade sobre as penas que pode aplicar, em regra: advertência, censura ou suspensão.

A proporcionalidade consiste em ferramenta pela qual se faz a ponderação entre princípios que colidem entre si. Sua natureza jurídica é de postulado normativo, ou seja, uma "metanorma". Postulados são, para Ávila, "normas estruturantes da aplicação de princípios e regras"[50], vale dizer, são instrumentos que indicam como deve ocorrer a aplicação de princípios e regras, principalmente na hipótese de colisão.

49 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209.

50 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90.

A proporcionalidade, teoria decorrente do direito alemão e que se transformou em um dos pilares do Estado de Direito Democrático[51], pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Uβermassverbot*), de cunho negativo, vale dizer, uma ferramenta para aferir se a intervenção restritiva por parte do Estado, na esfera do indivíduo, é legítima. Objetiva-se evitar que o Estado intervenha de forma excessiva, desarrazoada, sobre o indivíduo. Para tanto, são analisadas três máximas (ou subprincípios) da proporcionalidade: adequação (o meio promove o fim?); necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?); e proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).[52]

No entanto, cada vez mais ganha importância a utilização da proporcionalidade como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Uβermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência[53]. Assim, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição do excesso, pois está vinculada a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais oriundas de terceiros[54].

Segundo Claus-Wilhelm Canaris[55], a proibição de insuficiência, expressão criada por ele e adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, envolve dois níveis sucessivos entre si: o imperativo de tutela (ou dever de proteção) e a proibição de insuficiência propriamente considerada. No primeiro nível – dever de proteção ("se" existe o dever de proteção) –, analisa-se se existe um dever de o Estado proteger determinado direito. No segundo nível – proibição de insuficiência ("como" se realiza o dever de proteção) –, a que se chega apenas em caso de constatação positiva do primeiro, avalia-se se as medidas adotadas para a proteção do direito são suficientes para a sua finalidade.[56]

Dessa forma, o órgão julgador, para escolher a pena disciplinar devida, se advertência, censura ou suspensão, está balizado pelo limite mínimo de proteção à Administração Pública – proibição de insuficiência – e pelo limite máximo de intervenção para o fim de proteção do membro processado – proibição de

51 SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade:* o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. p. 3. Disponível em: <egoc.ufsc.br/portal/conteúdo/constituição-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibicao>. Acesso em: 1º ago. 2016.

52 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 90.

53 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: ano 91, n. 798, p. 41, abr. 2002.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade:* o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. p. 3. Disponível em: <egov.ufsc.br/portal/conteúdo/constituição-e-proporionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibicao> Acesso em: 1º ago. 2016.

55 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

56 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2009. p. 124.

excesso[57]. Nesse campo, o julgador deve atentar para a gravidade do fato em si, as circunstâncias e consequências da infração disciplinar e os antecedentes do membro acusado. Da conjugação desses vetores, o órgão julgador identificará a pena adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

De outra banda, tal qual o afastamento preventivo, a suspensão não ofende o princípio da inamovibilidade. Ela se justifica com base na ponderação realizada entre o princípio da inamovibilidade e o da probidade na Administração Pública.

Em outro campo, anota-se a possibilidade, no processo administrativo visando à aplicação de pena disciplinar, de o próprio membro processado exercer a sua defesa técnica, sem a necessidade da constituição de um advogado. É a posição de Mazzilli: "se o membro do Ministério Público se julgar habilitado a fazer a própria defesa, e se a autoridade processante no caso concreto assim também o entender, nulidade não haverá, uma vez que não se trata de ato privativo de advogado."[58] Na sequência, Mazzilli reporta-se à Súmula Vinculante nº 5 do STF ("A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.").

Diversa é a solução para a hipótese de revelia. Caso o membro processado não apresente sua defesa, tampouco constitua advogado, o órgão julgador deve nomear um defensor. Em princípio, a nomeação não deve recair sobre defensor público, já que, nos termo do art. 134 da CF, a Defensoria Pública se destina aos necessitados, condição, *iuris tantum*, não apresentada por membro do Ministério Público. Como alternativa, considerando que a defesa do membro processado não é ato privativo de advogado (art. 1º da Lei nº 8.906/1994), a nomeação deve recair sobre outro membro do Ministério Público a que pertence o acusado, como previsto, exemplificativamente, no art. 167, § 2º, da LOMP/AM, e no art. 181, § 3º, da LOMP/AP.

Outra questão digna de nota consiste na impossibilidade do gozo de férias durante o cumprimento da pena de suspensão, tal como previsto, exemplificativamente, no art. 200 da LOMP/AC; art. 82, § 1º, da LOMP/AL; e art. 155, § 1º, da LOMP/RO. A razão dessa impossibilidade vem expressa de forma percuciente no seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO CAUTELAR DE MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE EFETIVO TRABALHO. GOZO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Hipótese em que o Tribunal de origem, diante da existência de decisão proferida em Processo Administrativo Disciplinar 120.580/2008, na qual determina o afastamento cautelar do impetrante de suas funções jurisdicionais até final julgamento do processo administrativo, indeferiu pedido do impetrante de ser beneficiado com a concessão de férias.

57 BALTAZAR JR., José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 60.

58 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 529.

> 2. É firme no STJ o entendimento de que **a ausência de efetivo exercício da atividade impede o gozo de férias, porquanto estas têm por pressuposto recompensar o trabalhador com o descanso remunerado da rotina de suas atividades funcionais** por determinado tempo.
>
> 3. *In casu*, **no período relativo ao pleito de gozo de férias, o recorrente encontrava-se afastado de suas funções. Não ocorreu, portanto, fadiga pela rotina de suas atividades funcionais e não há como sustentar o direito ao gozo de férias, dada a ausência de causa**.
>
> 4. Recurso Ordinário não provido.[59]
>
> (RMS 33.579/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 31/10/2012)

Em outra toada, enquanto algumas leis orgânicas vedam a conversão da pena de suspensão em multa (p. ex.: art. 240, § 1º, da LOMPU; art. 164, § 1º, LOMP/PR, seu art. 156, § 1º, da LOMP/PI; art. 156, parágrafo único, da LOMP/RR), outras a admitem (p. ex. Art. 82, § 2º, da LOMP/AL; art. 134, § 2º, da LOMP/AM; art. 192, § 2º, da LOMP/PB; art. 131, § 2º, da LOMP/RJ; art. 152, § 2º, da LOMP/RO). Não há irregularidade nessa discrepância, pois constitui juízo de conveniência e oportunidade do legislador permitir que o membro punido com suspensão não se ausente do seu cargo, em troca do pagamento de multa. Especialmente no Ministério Público de unidades federativas pequenas, essa conversão é salutar, visto que atende ao princípio da continuidade do serviço público[60]. Exerce-se, aqui, nova ponderação entre as finalidades da pena disciplinar de suspensão e o princípio da continuidade do serviço público: notadamente nas unidades pequenas do Ministério Público, a continuidade do serviço público prevalece, e a harmonização entre os princípios tensionados é obtida com a permanência do membro punido no serviço público, todavia com o pagamento de multa pecuniária.

Dessarte, tanto durante o afastamento preventivo como durante a pena de suspensão, o membro processado continua vinculado aos deveres do seu cargo compatíveis com a sua condição de afastado. Evidentemente, o membro suspenso não está sujeito ao cumprimento, por exemplo, dos deveres encerrados no art. 43, III, IV e V, da LONMP[61], visto que estes são inexigíveis pela sua ausência. Afora tais hipóteses, o membro está isento dos deveres funcionais apenas quando ocorre o seu desligamento do quadro do Ministério Público, como restou fundamentado em revisão de processo disciplinar pelo CNMP:

59 RMS 33.579/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 31/10/2012.

60 Com efeito, uma vez que a Administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimentos deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. Malheiros, 2005. p. 70.)

61 Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:[...]
III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;IV - obedecer aos prazos processuais;V - assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença;

> 2. O afastamento do membro do Ministério Público na data do fato não o exime dos deveres funcionais que lhe são exigidos pelo regime disciplinar a que está submetido. [...] 3. É possível a responsabilização disciplinar do membro do Ministério Público por fatos não relacionados à sua atuação funcional, desde que constatado o prejuízo à imagem da Instituição a que pertence[62].

No mandado de segurança impetrado quanto a essa decisão do CNMP (MS nº 34219, Min. Rel. Gilmar Mendes, STF)[63], foi indeferido o pedido liminar da seguinte forma:

> [...] entendo que o Promotor de Justiça, ao ser afastado das suas funções, não se desvincula automaticamente do Ministério Público, pois o seu desligamento efetivo só se dará com o trânsito em julgado da ação judicial de perda do cargo. Essa parece ser a inteligência do parágrafo único do art. 208 da LC 75/93 O art. 242 da referida lei também dispõe que a imposição da pena de demissão, apurada em sede administrativa, dependerá de decisão judicial com trânsito em julgado.Assim, é plausível a tese de que a impetrante só deixará o cargo – e as garantias e deveres a ele inerentes – após essa condição específica. Isso significa que, durante todo esse lapso temporal em que estiver afastada de suas funções, deverá continuar a observar as proibições e vedações inerentes ao cargo.

Nessa linha, mesmo que suspenso, o membro processado continua vinculado aos seus deveres funcionais.

Restam dois aspectos, de fundamental importância, para encerrar a presente subseção. É possível a detração na pena de suspensão do tempo cumprido em afastamento preventivo? Enquanto algumas leis orgânicas são omissas a respeito, outras expressamente contemplam tal possibilidade (p. ex.: art. 92, § 2º, da LOMP/AL; art. 186, § 2º, da LOMP/MS; art. 105 da LOMP/MT; art. 190, § 3º, da LOMP/RO; e art. 202, § 4º, da LOMP/TO).

A detração, originalmente prevista no art. 42 do CP, tem como finalidade evitar a dupla punição pelo mesmo fato. Por tal razão, "computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação"[64]. A razão é simples: independentemente da diferença da finalidade da medida cautelar de prisão preventiva e da pena, a privação de liberdade como efeito principal daquela deve ser descontada nesta por causa da identidade dos seus efeitos – no caso, a privação da liberdade.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para a sanção disciplinar de suspensão e o afastamento preventivo. Embora as finalidades desses dois institutos sejam diversas, o tempo de afastamento preventivo deve ser computado na suspensão. Um pressuposto, ademais, é idêntico para ambas as medidas: proteger a Administração

62 RPD nº. 0.00.000.000318/2015-85, Cons. Rel. Claudio Henrique Portela do Rego, j. em 19.02.16.

63 À época do fechamento deste artigo, não havia decisão de mérito ainda.

64 GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 521.

Pública mediante o afastamento do membro faltoso. Aliás, é por essa mesma razão que se sustentou, na subseção 3.1, que o período máximo do afastamento preventivo deve ser equivalente ao tempo da pena de suspensão. Hipoteticamente, no campo penal, ninguém ousaria afirmar que o réu, denunciado por estelionato simples, cuja pena máxima é de cinco anos (art. 171 do CP), poderia permanecer em prisão preventiva por tempo superior a cinco anos.

De fato, nas leis orgânicas que são silentes a respeito da detração, é de se admitir a aplicação analógica, com base no art. 4º da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), do art. 42 do CP, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região[65].

Resta claro que, no âmbito disciplinar, essa compensação deve ocorrer apenas no tocante ao tempo de suspensão; as demais privações decorrentes da suspensão, como o prejuízo no pagamento do subsídio, por exemplo, devem ser cumpridas, não estando sujeitos a qualquer forma de compensação.

O último tópico a ser tratado diz respeito à possibilidade da execução provisória da pena disciplinar. O tema da execução provisória retornou à tona em razão do HC 126.292/SP, no qual o STF decidiu, por maioria, no sentido da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, sob o principal argumento de que ela "não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

Aury Lopes Jr., defensor do assim chamado garantismo (negativo)[66], atrela a presunção de inocência, enquanto dever de tratamento, à carga probatória atribuída ao acusador: "É sua incidência no âmbito probatório, vinculado à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada"[67].

Assim, na medida em que a presunção de inocência não constitui norma de direito material, mas de direito processual, segundo a qual o ônus da prova compete ao órgão acusador, inexiste irregularidade em que a lei não atribua efeito suspensivo ao recurso interposto contra a decisão condenatória, momento em que o órgão acusador já se desincumbiu do seu ônus probatório. Na ausência do efeito suspensivo, a execução provisória da sanção disciplinar de suspensão tem

65 ADMINISTRATIVO. SANÇÃO DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO DO TRABALHO POR 90 DIAS – SEM REMUNERAÇÃO. COMPENSAÇÃO DO PRAZO DA PENA COM O PERÍODO DE AFASTAMENTO PREVENTIVO. ANALOGIA COM DIREITO PENAL. 1. Configurada a chamada lacuna da lei, aplica-se o art. 4º da LICC. 2. Na hipótese de ausência de norma administrativa que permita ou proíba a compensação do prazo da pena com o período de afastamento preventivo, deve-se aplicar analogicamente o art. 42 do Código Penal. (TRF4, AMS 97.04.14128-9, TERCEIRA TURMA, Relatora LUIZA DIAS CASSALES, DJ 06/10/1999).

66 O garantismo negativo, também denominado de hiperbólico monocular, amparando-se no pensamento liberal-iluminista, privilegia apenas a função negativa dos direitos fundamentais, que exige uma abstenção por parte do Estado; nele, o Estado é visto como verdadeiro "inimigo" dos direitos fundamentais. O garantismo positivo, por sua vez, calcando-se no papel dirigente do constitucionalismo, enxerga, nos direitos fundamentais, além da função negativa, uma função positiva, a qual atribui obrigações de fazer ao Estado; nele, o Estado passa de "inimigo" para "amigo" dos direitos fundamentais. Vide, a propósito, as obras Maria Luiza Streck e de Douglas Fischer (STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição:* a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51-52.; FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral:* questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.).

67 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. p. 238.

cabimento, principalmente para o efeito de obstar o pagamento do subsídio do membro processado.

A execução provisória da sanção disciplinar na hipótese de o recurso interposto pelo servidor acusado não ter efeito suspensivo, no âmbito da Lei nº 8.112/1990, é reconhecida por decisões judiciais. Por todas, confira-se o seguinte aresto:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DE SUSPENSÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. RECEBIMENTO NO EFEITO DEVOLUTIVO, EM REGRA. CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENALIDADE. POSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> 1. A Administração – após regular processo disciplinar e diante dos atributos do ato administrativo de presunção de veracidade, de imperatividade e de auto-executoriedade – pode aplicar a penalidade a servidor público independentemente do julgamento de recurso interposto na esfera administrativa que, em regra, é recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 109 da Lei 8.112/90. Precedentes. 2. Segurança denegada. (MS 10.759/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 147)[68]

Inexiste razão para não aplicar esse mesmo entendimento ao âmbito da pena disciplinar imposta a membro do Ministério Público. Logo, caso não seja atribuído efeito suspensivo ao recurso interposto pelo membro processado, é cabível a execução provisória da pena disciplinar de suspensão. Contudo, nesse ponto, esclarece-se que a maioria das leis orgânicas do Ministério Público prevê a atribuição efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisões condenatórias; não obstante, algumas leis são silentes a respeito do efeito do recurso (art. 152, parágrafo único, da LOMP/ES; art. 230 da LOMP/MG; art. 214 da LOMP/PA; e art. 153 da LOMP/RJ). Nessas hipóteses, pela utilização da regra geral de que, sendo o efeito suspensivo uma exceção, ele não se presume – regra prevista, aliás, no art. 61 da Lei nº 9.784/1999[69] –, é cabível a execução provisória da pena de suspensão.

4. CONCLUSÕES

1. Há aproximação entre o Direito Processual Penal e o Direito Administrativo Disciplinar, o que caracteriza o Direito Administrativo Sancionador.

2. O processo administrativo disciplinar e, quando punitiva, a sindicância devem garantir o contraditório e a ampla defesa; já a sindicância não punitiva, por ser inquisitorial, pode mitigar esses direitos fundamentais.

3. Não há vícios nas leis orgânicas estaduais que incumbem o corregedor-geral de aplicar sanções disciplinares para fatos menos graves.

68 Mencionam-se outros precedentes mais recentes do Superior Tribunal de Justiça e na mesma linha: MS 14.450/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 19/12/2014; MS 14.425/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 24/09/2014, DJe 01/10/2014.

69 Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

4. A competência concorrente e originária do CNMP em relação às Corregedorias-Gerais justifica a avocação e a revisão de processos disciplinares por aquele.

5. O afastamento preventivo de membro do Ministério Público, que tem função cautelar e é compatível com o princípio da inamovibilidade, deve ser deliberado por órgão colegiado do Ministério Público, inclusive no âmbito do CNMP. Tal medida, por não adiantar juízo de condenação, não pode implicar prejuízos ao membro afastado.

6. O afastamento preventivo está limitado ao tempo máximo da pena de suspensão e não tem cabimento para infrações disciplinares punidas com advertência e/ou censura.

7. Mesmo quando a suspensão não tenha caráter disciplinar, por afetar negativamente a esfera jurídica do membro processado, o contraditório e ampla defesa devem ser garantidos.

8. Quando, em tese, for cabível, para o mesmo fato, advertência ou censura ou suspensão, a definição da pena disciplinar ideal é obtida com o auxílio da proporcionalidade, enquanto proibição de excesso e proibição de insuficiência.

9. É dispensável a presença de advogado para defender o membro em sede de processo disciplinar; todavia, em caso de revelia, deve ser nomeado, como defensor, outro membro do Ministério Público.

10. Durante o cumprimento da pena de suspensão, é defeso o gozo de férias.

11. A conversão da pena de suspensão em multa resulta da ponderação entre as finalidades da pena disciplinar de suspensão e o princípio da continuidade do serviço público.

12. O membro afastado continua vinculado aos deveres funcionais compatíveis com a sua condição.

13. É possível a detração na pena de suspensão do tempo de afastamento preventivo. Os demais efeitos da suspensão, a exemplo do prejuízo no pagamento do subsídio, não estão sujeitos à compensação.

14. Admite-se a execução provisória da pena de suspensão quando o recurso interposto pelo membro processado não for recebido no efeito suspensivo.

5. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Ed. Almedina, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pallegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 295.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:* Lei nº 8.625, de 12.02.1993. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. *Ministério público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

LUCARELLI, Fábio Dutra. ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). *Comentários à Lei do Regime Único dos Servidores Públicos Civis da União:* Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público:* análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público Paulista. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RANGEL, Ricardo Andrade. Pressupostos da revisão de processo disciplinar no CNMP. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, Edição n. 03, set. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Boletim_3edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade:* o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <egoc.ufsc.br/portal/conteúdo/constituição-e-proporcionalidade-o-direito-penal-e-os-direitos-fundamentais-entre-proibicao>. Acesso em: 1º ago. 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Batista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal:* jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158.

A ATIVIDADE FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DE DISPONIBILIDADE E REMOÇÃO COMPULSÓRIAS

[The monitoring activities of the Professional Responsibility Office of the Public Prosecution and the application of mandatory availability and removal]

Antônio Henrique Franco Lopes[1]

Resumo: O presente artigo busca apresentar e discutir as normas gerais, positivadas na Constituição da República e na Lei Federal nº 8.625/1993, que versam sobre a disponibilidade e a remoção compulsórias, institutos inerentes à atividade fiscalizadora das Corregedorias do *Parquet*, promovendo abordagens específicas das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União. A disponibilidade e a remoção compulsórias recebem tratamento heterogêneo nas Leis Orgânicas das unidades do Ministério Público brasileiro, circunstância que desperta reflexões acerca da interpretação e da aplicação dos institutos. Dentre as conclusões lançadas no estudo, destacam-se: a impossibilidade da disponibilidade compulsória, enquanto sanção administrativa, assumir caráter perpétuo; os subsídios devidos ao membro do *Parquet* posto em disponibilidade compulsória devem ser proporcionais ao tempo de serviço; e o mesmo fato pode acarretar a aplicação de pena disciplinar e a determinação de remoção compulsória por interesse público como medida administrativa, sem a configuração de *bis in idem*.

Palavras-chave: Corregedoria do Ministério Público. Atividade fiscalizadora. Disponibilidade compulsória. Remoção compulsória.

Abstract: This article analyzes and discusses the general norms present in the Constitution of the Republic of Brazil and Federal Statute 8.625/1993, which discuss mandatory availability and removal, issues inherent to the monitoring activities of the professional responsibility, promoting specific approaches of the Organic Statutes of Federal and State Public Prosecutions. Mandatory removal and availability receive heterogeneous treatment in the Organic Statutes of the Brazilian Public Prosecution, a fact which incites questioning concerning it´s interpretation and application. The following conclusions can be found in the study: the impossibility of mandatory availability assume perpetual character; the subsidies given to members of the Public Prosecution for mandatory availability must be proportional to the duration of service; and this could entail the application of disciplinary punishment and the determination of compulsory removal for public interest as an administrative measure without the configuration of bis in idem.

1 Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Atualmente, é assessor do corregedor-geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Atuou como membro auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público. Foi defensor público do Estado de Minas Gerais, procurador do Estado de Pernambuco e advogado.

Keywords: *The Professional Responsibility Office of the Public Prosecution. Monitoring activity. Mandatory availability. Mandatory removal.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Da disponibilidade compulsória. 3. Da remoção compulsória. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O regime jurídico do Ministério Público confere às Corregedorias as atividades de orientação e de fiscalização dos membros da Instituição, bem como estabelece um conjunto de institutos e procedimentos para viabilizar o exercício de tais funções.

Importante ressaltar que o Ministério Público consiste em garantia constitucional de acesso à Justiça, afigurando-se pertinente que as Corregedorias, ao desempenhar os seus misteres, busquem tornar mais efetivos os fatores de ampliação da legitimação social do *Parquet*[2].

Há situações em que a atuação fiscalizadora das Corregedorias, por meio do plexo de instrumentos estatuído pelo legislador, resulta na provocação de outros órgãos da Administração Superior para a imposição de sanções disciplinares ou para a adoção de medidas administrativas destinadas a resguardar o interesse público (ainda que desprovidas de natureza sancionatória).

É exatamente nesse quadrante que se encontram inseridas a disponibilidade e a remoção compulsórias.

A disponibilidade e a remoção compulsórias possuem distinta regulamentação nos ramos do Ministério Público, uma vez que, embora a Constituição da República e a Lei Federal nº 8.625/1993 consagrem os princípios fundantes e as diretrizes da Instituição, são as Leis Orgânicas de cada unidade do *Parquet* brasileiro que definem com maior precisão os contornos dos mencionados institutos jurídicos.

Em face dessa peculiaridade, estabeleceu-se como objetivo central do presente artigo a apresentação e o exame das normas gerais, positivadas na Constituição Federal e na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que versam sobre a disponibilidade e a remoção compulsórias, com análises exemplificativas e pontuais das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

Apesar dos institutos possuírem várias características comuns, para facilitar a exposição de suas peculiaridades, dividiu-se o estudo em dois itens.

O primeiro versa sobre a disponibilidade compulsória, com a sua distinção das demais espécies de disponibilidade; com a explicitação de sua fundamentação legal, de sua natureza jurídica e da necessidade de ampla defesa para sua aplicação; e com a abordagem do conceito de interesse público capaz de ensejá-la, do prazo de duração da medida, assim como da remuneração e das vedações impostas ao seu destinatário.

2 Nesse sentido: ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à Justiça. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público – O papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 99, 2016.

No segundo tópico, o tema central é a remoção compulsória, discorrendo-se sobre sua disciplina no ordenamento jurídico, sua natureza e a imperiosa observância da ampla defesa para sua incidência; sobre a concretização da noção de interesse público que a fundamenta; sobre sua relação com a garantia constitucional da inamovibilidade dos membros do *Parquet*; e sobre seus efeitos acessórios.

2. DA DISPONIBILIDADE COMPULSÓRIA

A Constituição Federal de 1988 faz menção expressa à disponibilidade de membros do *Parquet* ao vedar-lhes, ainda que em inatividade decorrente de tal medida, o exercício de qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*); assim como ao outorgar ao Conselho Nacional do Ministério Público competência para determinar a disponibilidade e outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa (art. 130-A, § 2º, inciso III).

Ainda no texto constitucional aquilata-se a presença de pelo menos mais dois dispositivos que, embora não contenham referência literal aos membros do *Parquet*, abordam o instituto da disponibilidade e integram o regime jurídico ministerial.

O primeiro consiste no art. 93, inciso VIII, o qual estipula que o ato de disponibilidade do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa, regra aplicável aos membros do Ministério Público, com as devidas adequações, nos termos do art. 129, § 4º, também da Constituição Federal.

O outro corresponde à previsão da extinção ou declaração de desnecessidade do cargo, hipóteses em que o servidor ficará em disponibilidade até seu aproveitamento em cargo diverso (art. 41, § 3º).

O exame dos comandos constitucionais antes destacados revela, de plano, a existência de duas situações distintas, quais sejam, a disponibilidade por extinção ou desnecessidade do cargo e a disponibilidade por interesse público.

A seu turno, a Lei Federal nº 8.625/1993 prevê a disponibilidade por extinção do órgão de execução ou da Comarca e por mudança da sede da Promotoria de Justiça (art. 39); a disponibilidade decorrente de reintegração de membro do *Parquet* em cargo que se encontrava provido (art. 66, § 1º); e a disponibilidade por interesse público (arts. 12, inciso VIII, alínea *d*, e 15, inciso VIII).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público ainda confere ao procurador-geral de Justiça a atribuição para submeter ao Colégio de Procuradores de Justiça proposta de extinção de cargo, bem como outorgou ao Conselho Superior, na esfera do controle interno, a competência para determinar a disponibilidade por interesse público, cabendo recurso desta decisão ao Colégio de Procuradores de Justiça (arts. 10, inciso III; 12, inciso VIII, alínea *d*; e 15, inciso VIII).

Nessa quadra, oportuno ressaltar que a exigência do voto de dois terços dos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público para a aplicação da

disponibilidade por interesse público, prevista no citado art. 15, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.625/1993, não mais prevalece, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual modificou o texto constitucional no ponto em que também estipulava o mencionado quórum qualificado, passando a condicionar a disponibilidade por interesse público à deliberação por maioria absoluta dos membros do referido Órgão Colegiado (art. 128, § 5º, inciso I, alínea *b*, e art. 93, inciso VIII, c/c art. 129, § 4º, todos da Constituição da República).

Portanto, o Diploma Legal que estabelece as normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados manteve o tratamento da disponibilidade por interesse público como hipótese diversa das demais modalidades do instituto, em observância às premissas fixadas pela Constituição Federal.

De igual modo procede a Lei Orgânica do Ministério Público da União, conforme se depreende do contido em seus arts. 57, inciso XIX, 98, inciso XVII, 131, inciso XVII, 166, inciso XVII, e 205, § 1º.

A disponibilidade prevista no art. 41, § 3º, da Constituição Federal, como leciona José dos Santos Carvalho Filho, nasceu lastreada nas seguintes vertentes: a extinção do cargo consiste em fato cuja apreciação é atribuída aos órgãos administrativos, ainda que dependa de lei para consumar-se; a estabilidade não protege o servidor público contra a extinção do cargo, pois nessa hipótese presume-se o interesse maior da Administração; e não seria justo que a extinção do cargo acarretasse ao servidor público situação de angústia pela perda do trabalho[3].

As mesmas vertentes, por consectário lógico, alicerçam a disponibilidade em caso de extinção do órgão de execução ou da Comarca e de mudança da sede da Promotoria de Justiça (art. 39 da Lei Federal nº 8.625/1993).

Por sua vez, a disponibilidade em caso de reintegração (art. 66, § 1º, da Lei Federal nº 8.625/1993) ocorre quando o membro do Ministério Público assume a titularidade de um órgão que se encontrava vago em virtude da decretação da perda do cargo pelo titular anterior, o qual, posteriormente, retorna ao posto por meio de decisão judicial transitada em julgado[4].

Destarte, as espécies de disponibilidade descritas no art. 41, § 3º, da Constituição da República, e nos arts. 39 e 66, § 1º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, não ostentam natureza sancionatória ou disciplinar, resultando de vicissitudes da Administração Pública.

Já a disponibilidade do membro do *Parquet* fundada no interesse público pode possuir nítido caráter disciplinar, ainda que o instituto não esteja elencado expressamente na respectiva lei orgânica como penalidade administrativa aplicável em virtude de condenação pelo cometimento de falta funcional[5].

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 618.

4 Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 849.

5 Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 524.

É o que se constata, por exemplo, na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual não insere a disponibilidade no rol das sanções disciplinares trazido pelo art. 237, mas preconiza, em outro dispositivo (art. 163), que o membro vitalício poderá, por interesse público, ser posto em disponibilidade por meio de decisão do Conselho Superior, quando aquilatadas determinadas circunstâncias que inegavelmente permeiam a seara disciplinar.

Nesses casos em que a disponibilidade por interesse público assume notório viés disciplinar, mesmo que não arrolada como penalidade administrativa, também imperiosa a observância das garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal)[6].

Insta registrar, outrossim, que Leis Orgânicas de outros Ministérios Públicos Estaduais relacionam de forma expressa a disponibilidade entre as sanções administrativas imponíveis aos membros do *Parquet* em caso de cometimento de transgressão disciplinar. Tal situação pode ser verificada, *verbi gratia*, nos estados do Amazonas (art. 131, inciso V), do Ceará (art. 225, inciso V), do Espírito Santo (art. 128, inciso IV), do Maranhão (art. 140, inciso IV), de Minas Gerais (art. 208, inciso III), da Paraíba (art. 189, inciso V), do Paraná (art. 163, inciso V), de Pernambuco (art. 79, inciso V), do Piauí (art. 151, inciso V), do Rio Grande do Sul (art. 114, parágrafo único, inciso III) e de Roraima (art. 152, inciso VI).

Gize-se que o constituinte derivado igualmente reconheceu a feição sancionatória do instituto da disponibilidade por interesse público, ao estatuir que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício do controle externo, receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do *Parquet*, 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 penalidades administrativas (art. 130-A, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Lado outro, cumpre salientar que o termo "disponibilidade compulsória" não foi utilizado na Constituição da República, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e na Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Na verdade, a aludida terminologia passou a ser empregada em algumas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais para designar o instituto da disponibilidade motivada por interesse público, diferenciando-a da disponibilidade por extinção do cargo ou da Comarca, por mudança da sede da Promotoria de Justiça ou em decorrência de reintegração.

6 Em razão disso, a manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional decisório e no pronunciamento administrativo decisório (também, no pronunciamento legislativo, a 'lei aprovada'), tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional.
Esse considerado devido processo constitucional vem a ser metodologia normativa que, em grau máximo, informa e orienta o processo jurisdicional, o processo legislativo e o processo administrativo, fundamentos pelos quais podemos falar em processo constitucional jurisdicional, processo constitucional legislativo e processo constitucional administrativo, conforme lembramos na introdução deste livro. (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 41-42).

A título de exemplo, a Lei Complementar Estadual nº 34/1994, que dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, estabelece que os promotores e procuradores de Justiça mineiros estão sujeitos, entre outras penalidades, à disponibilidade compulsória, fundamentada em motivo de interesse público (arts. 208, inciso III, e 218).

Interessante notar que, certamente com escopo de fixar balizas para a definição daquilo que deve ser concebido como interesse público capaz de ensejar a colocação do membro do *Parquet* em disponibilidade compulsória, algumas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais estabelecem hipóteses em que o mencionado requisito se faz presumidamente presente.

Com efeito, o interesse público consiste em conceito jurídico indeterminado e o estabelecimento prévio pelo próprio legislador de parâmetros mínimos para a sua delimitação, notadamente quando se trata de condição imprescindível à aplicação de medida gravosa, não raras vezes de natureza sancionatória, apresenta-se como providência pertinente, sobretudo em homenagem à segurança jurídica.

As já citadas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais e de São Paulo trazem em seus textos dispositivos claramente tendentes à concretização do conceito de interesse público, apontando situações específicas em que a disponibilidade compulsória seria cabível.

De fato, a lei paulista, como retratado alhures, preconiza que o membro vitalício do *Parquet* poderá ser posto em disponibilidade por interesse público, entre outras, nas seguintes hipóteses: a) escassa ou insuficiente capacidade de trabalho; b) conduta incompatível com o exercício do cargo, consistente em abusos, erros ou omissões que comprometam o membro do Ministério Público para o exercício do cargo, ou acarretem prejuízo ao prestígio ou à dignidade da Instituição (art. 163, *caput*, da Lei Complementar Estadual nº 734/1993).

Por sua vez, o estatuto mineiro preceitua que, sem prejuízo da verificação em outros casos, será obrigatoriamente reconhecida a existência de interesse público determinador da disponibilidade compulsória nas seguintes hipóteses: a) grave omissão nos deveres do cargo; b) ocorrência de fatos que, envolvendo o membro do *Parquet*, resultem em perigo iminente ao prestígio da instituição; c) capacidade de trabalho reduzida, produtividade escassa, atuação funcional comprometedora ou demonstração superveniente de insuficientes conhecimentos jurídicos; d) induzimento dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público a erro, por meio reprovável; e) inobservância da vedação de recebimento, a qualquer título, de honorários, percentagens ou custas processuais (art. 219 da Lei Complementar Estadual nº 34/1994).

É possível identificar comandos normativos semelhantes, *exempli gratia*, nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados do Ceará (art. 238) e do Espírito Santo (art. 132), bem como no Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (art. 118-B).

A discriminação, ainda que em rol não exaustivo, de situações específicas em que se deve reputar caracterizado o interesse público ensejador da disponibilidade compulsória, além de evitar que o alcance do citado conceito jurídico indeterminado fique ao mero alvedrio das Corregedorias e dos órgãos julgadores, funciona positivamente como critério para a adequada postulação e aplicação da disponibilidade compulsória, evitando que a medida ora em exame, tal como alertado por Hugo Nigro Mazzilli, passe a ser *"um verdadeiro prêmio para o ocioso, que, em vez de perder o cargo como merece, acaba recebendo para não trabalhar"*[7].

De outra banda, curial sublinhar que a Constituição Federal e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público traçam as diretrizes básicas sobre a remuneração dos membros do *Parquet* postos em disponibilidade compulsória e as vedações a eles impostas, embora inegavelmente poderiam ter disciplinado as referidas temáticas de forma mais clara.

Em sede constitucional quanto às vedações, há a proibição expressa de que o membro do Ministério Público em disponibilidade exerça qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*). A regra encontra reprodução no art. 44, inciso IV, da Lei Federal nº 8.625/1993.

Contudo, considerando que a disponibilidade compulsória não acarreta o rompimento do vínculo entre o agente e a Instituição (art. 53, inciso V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), havendo, inclusive, possibilidade de retorno ao exercício funcional (art. 68 da Lei Federal nº 8.625/1993), inevitável a aplicação das demais vedações constitucionais ao membro do *Parquet* em disponibilidade compulsória.

Corrobora tal entendimento o disposto no art. 39, § 1º, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que versa sobre a hipótese de disponibilidade por extinção do cargo e sujeita taxativamente o membro nessa condição a todas as vedações do texto constitucional.

No tocante à remuneração, a Constituição da República tangencia a matéria ao tratar das atribuições do Conselho Nacional do Ministério Público, apontando, mesmo que de maneira indireta, que o membro do *Parquet* em disponibilidade compulsória deve receber vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (art. 130-A, § 2º, inciso III).

Aqui, é pertinente realçar que, nos moldes do § 3º, do art. 41, da Constituição Federal (inserido pela Emenda Constitucional nº 19/1998), extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Apesar desse comando normativo regulamentar modalidade de disponibilidade diversa daquela denominada compulsória, identifica-se nele um indicativo robusto de que a concessão de remuneração integral a membro do Ministério Público em

7 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

disponibilidade, independentemente de sua espécie, não se mostra compatível com a sistemática constitucional.

Desse modo, a regra consagradora de integralidade estipendial, trazida no §2º, do artigo 39, da Lei Federal nº 8.625/1993, destinada especificamente às situações de extinção do cargo ou da Comarca e de mudança da sede da Promotoria de Justiça, bem como os dispositivos das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais que espelham o mencionado comando normativo de âmbito nacional, perderam eficácia com a entrada em vigor da nova redação do art. 41 da Constituição da República, determinada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Em renomada obra voltada para o estudo da organização, das atribuições e do regime jurídico do Ministério Público brasileiro, Emerson Garcia, revendo seu posicionamento, assevera de modo contundente que o art. 41, § 3º, da Constituição Federal aplica-se aos membros do *Parquet*, os quais, uma vez em disponibilidade, perceberão remuneração proporcional ao tempo de serviço[8].

Assim, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos da Constituição da República e da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público que regem os temas em testilha, conclui-se inexoravelmente que o membro do *Parquet* colocado em disponibilidade compulsória continuará sujeito a todas as vedações constitucionais impostas aos seus pares, bem como receberá subsídio proporcional ao tempo de serviço.

Algumas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais enfrentam diretamente essas questões e estabelecem de modo translúcido que, no curso da disponibilidade compulsória, são mantidas as vedações constitucionais em sua inteireza e o membro afastado fará jus à remuneração proporcional ao tempo de serviço. Como exemplo, citam-se os Estatutos de Minas Gerais (arts. 218 e 220), do Rio Grande do Sul (art. 118-A, §§ 1º e 5º) e de São Paulo (arts. 163, § 4º, e 164).

Outro ponto merecedor de detida reflexão reside no prazo de duração da disponibilidade compulsória aplicada ao membro do *Parquet*.

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 154.134/SP, reconheceu de modo categórico a

8 Poder-se-ia argumentar que a regra do art. 41, § 3º, não seria aplicável aos membros do Ministério Público, os quais receberiam subsídios integrais durante o período em que permanecessem na inatividade em razão da declaração de disponibilidade. Tal conclusão decorreria da garantia da irredutibilidade de subsídio, consagrada no art. 128, § 5º, I, c, da Constituição da República, e que somente é excepcionada em relação ao disposto nos arts. 37, X (possibilidade de alteração dos subsídios por meio de lei) e XI (o limite máximo é o subsídio pago aos Ministros do Supremo Tribunal Federal), 150, II (observância da isonomia, devendo receber o mesmo tratamento dispensado aos demais contribuintes), 153, III (dever de recolher o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza) e 152, § 2º (observância dos critérios de generalidade, universalidade e progressividade do imposto sobre a renda).
Apesar da coerência desses argumentos, aos quais aderimos em edições anteriores, entendemos que também os membros do Ministério Público, no caso de disponibilidade, receberão subsídios proporcionais ao tempo de serviço. A uma, a garantia da irredutibilidade de subsídios não é suficiente para afastar os membros do Ministério Público da incidência do art. 41, § 3º, já que referida garantia, por força do art. 37, XV, da Constituição, também é extensiva aos servidores em geral. A duas, o art. 130-A, § 2º, III, atribui ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder de determinar, por razões de ordem disciplinar, a disponibilidade do membro do Ministério Público com subsídios proporcionais ao tempo de serviço, o que evidencia que a irredutibilidade dos subsídios não é absoluta. A três, a percepção de valores proporcionais é reconhecida, inclusive, em relação à aposentadoria por invalidez, tal qual referida no art. 40, §1º, I, da Constituição. (GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 849/850).

impossibilidade de imposição de penalidade disciplinar com caráter permanente, ao interpretar o art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição da República[9].

Partindo dessa inafastável premissa, constata-se que a disponibilidade compulsória, enquanto pena administrativa ou medida de caráter disciplinar, não deverá perdurar indefinidamente até a aposentadoria do membro do Ministério Público afastado, salvo se houver motivação idônea para tanto.

Impende reforçar que, conforme explicitado anteriormente, a disponibilidade compulsória produz efeitos gravosos em desfavor de seu destinatário, porquanto resulta em inatividade remunerada com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, com a manutenção de todas as vedações inerentes à carreira.

Sob a ótica da Administração Pública, a eternização da disponibilidade compulsória igualmente se mostra onerosa e inconveniente, pois implica em pagamento de subsídio (ainda que proporcional) a membro do Ministério Público sem que ele esteja no exercício de suas funções.

A Lei Federal nº 8.625/1993 não estabelece prazo mínimo ou máximo para a disponibilidade compulsória, mas, ao prever em seu texto o instituto do aproveitamento, afasta da medida ora em análise qualquer pecha de perpetuidade.

Com efeito, o art. 68 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelece que o aproveitamento é o retorno do membro do *Parquet* em disponibilidade ao exercício funcional, consistindo em mais uma forma de provimento derivado dos cargos da Instituição.

Assim, o membro do Ministério Púbico posto em disponibilidade compulsória poderá requerer o seu retorno à atividade funcional, caso cessadas, obviamente, as razões que acarretaram o seu afastamento.

A Lei Federal nº 8.625/1993 não indicou expressamente o órgão com atribuição para apreciar o aproveitamento do membro em disponibilidade e nem fixou eventual prazo mínimo, após a vigência da medida, para a formulação do aludido pleito, ficando tal regulamentação a cargo das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais.

9 DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PENA DE INABILITAÇÃO PERMANENTE PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE: ART. 5, XLVI, "e", XLVII, "b", E § 2, DA C.F. REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE PARA INTERPOSIÇÃO DO R.E. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. À época da interposição do R.E., o Ministério Público Federal ainda representava a União em Juízo e nos Tribunais. Ademais, em se tratando de Mandado de Segurança, o Ministério Público oficia no processo (art. 10 da Lei nº 1.533, de 31.12.51), e poderia recorrer, até, como "custos legis". Rejeita-se, pois, a preliminar suscitada nas contra-razões, no sentido de que lhe faltaria legitimidade para a interposição. 2. No mérito, é de se manter o aresto, no ponto em que afastou o caráter permanente da pena de inabilitação imposta aos impetrantes, ora recorridos, em face do que dispõem o art. 5 , XLVI, "e", XLVII, "b", e § 2 da C.F. 3. Não é caso, porém, de se anular a imposição de qualquer sanção, como resulta dos termos do pedido inicial e do próprio julgado que assim o deferiu. 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para se afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. 5. Nesses termos, o R.E. é conhecido, em parte, e, nessa parte, provido. (STF, Primeira Turma, RE nº 154.134/SP, Rel. Ministro Sydney Sanches, julg. 15/12/1998, pub. 29/10/1999). Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence pontificou: [...] a vedação constitucional de determinadas sanções – entre elas, a de caráter perpétuo – não pode restringir-se a sanções penais aplicadas jurisdicionalmente, mas, com mais razão, há de aplicar-se às penas administrativas, na medida em que essas sejam admissíveis no regime constitucional. [...]"

A Lei Complementar Estadual nº 734/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo) estipula em seu art. 163, § 5º, que o Conselho Superior, a requerimento do interessado, decorridos cinco anos do termo inicial da disponibilidade, examinará a ocorrência, ou não, da cessação do motivo de interesse público que a determinou.

A seu turno, o Estatuto do Ministério Público do Rio Grande do Sul preconiza que o Conselho Superior, decorrido um ano da decretação da disponibilidade compulsória, examinará, de ofício, a eventual cessação do motivo que a tinha determinado, devendo, em caso de manutenção do afastamento, ser renovada anualmente tal apreciação (art. 118-A, §§ 2º e 4º).

Ainda a título de ilustração, pontue-se que as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados do Piauí (art. 158, § 2º) e de Roraima (art. 158, parágrafo único) outorgam ao Colégio de Procuradores de Justiça a atribuição para, a requerimento do interessado, passados cinco anos do termo inicial da disponibilidade compulsória, avaliar a cessação ou não do motivo de interesse público que a determinou.

Já a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais não fixa marco temporal específico para o exame acerca da permanência ou não das razões ensejadoras da disponibilidade compulsória e, ao disciplinar o instituto do aproveitamento, obsta de forma expressa a sua incidência nos casos de disponibilidade decorrente de punição (art. 199, § 3º).

Por tudo o que foi explanado até aqui, não parece ser essa a melhor regulamentação da matéria, com a devida vênia.

De fato, após o transcurso de prazo razoável, imprescindível se faz a apreciação da manutenção ou não dos motivos de interesse público que determinaram a disponibilidade compulsória, com a possibilidade de aproveitamento do membro do *Parquet*, evitando-se a eternização da medida disciplinar, caracterizadora de afronta ao preceito constitucional que proíbe a imposição de sanções administrativas perpétuas (art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*).

O Conselho Nacional de Justiça vem reconhecendo o caráter temporário da disponibilidade por interesse público, igualmente aplicável aos magistrados por força do art. 93, inciso VIII, da Constituição da República, e dos arts. 28, 42, inciso IV, 45, inciso II e 57, § 1º, da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional)[10].

Ainda no âmbito do regime jurídico dos Magistrados, importa ressaltar que a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages) ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade do art. 57 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o qual versa exatamente sobre a disponibilidade compulsória, sob a

10 Nesse sentido: julgamentos proferidos no Procedimento de Controle Administrativo nº 000289-6-55.2014.2.00.0000 (decisão monocrática proferida pelo Conselheiro Emmanoel Campelo); na Revisão Disciplinar nº 0007032-66.2012.2.00.0000 (Relator Conselheiro Flávio Sirangelo); e no PP nº 0007085-47.2012.2.00.0000 (Relator Conselheiro Sílvio Luís Ferreira da Rocha).

alegação de que o mencionado dispositivo estaria em desconformidade como os princípios da reserva legal e da não perpetuidade das penas.

No curso da aludida ação constitucional, o procurador-geral da República opinou, prefacialmente, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência dos pedidos, argumentando no seguinte sentido[11]:

> [...] Não é, todavia, o caso da pena disciplinar de disponibilidade prevista no art. 42, IV, e 57, *caput* e parágrafos, da LC 35/1979. A Loman, embora não estabeleça o prazo máximo de duração de tal penalidade – prevendo, tão somente, sua duração mínima de 2 anos –, autoriza o magistrado a pleitear seu aproveitamento após decorrido o prazo mínimo do seu afastamento (§ 1º do art. 57).
>
> É dizer, a inteligência extraída do § 1º do art. 57 da Loman é a de que, afastado o magistrado de suas funções, ele somente poderá retornar após o prazo de 2 anos. A disponibilidade compulsória, após esse prazo, assume caráter excepcional e, como tal, exige motivação idônea para a sua manutenção, mormente por implicar restrição de direitos, a exigir fundamentação específica acerca da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na duração da sanção disciplinar, que, por imperativo constitucional (CF, art. 5º, XLVII, "b"), não poderá perdurar indefinidamente até a aposentadoria do magistrado.
>
> Carece, portanto, de estrutura lógica a argumentação da requerente no sentido de tratar-se de penalidade disciplinar de caráter perpétuo. Cuida-se, na verdade, de sanção disciplinar que perdura pelo prazo de 2 anos, após o qual o magistrado posto em disponibilidade poderá requerer seu retorno, a critério do Tribunal (§ 2º do art. 57 da Loman), submetendo-se a rejeição do pedido a expressa fundamentação quanto à razoabilidade e proporcionalidade da sua manutenção por prazo superior ao inicialmente cominado. [...]

Posteriormente, o Pretório Excelso acolheu a preliminar suscitada e não conheceu a arguição por ilegitimidade ativa[12].

Então, no que diz respeito ao Estatuto do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, afigura-se necessária modificação legislativa para estabelecer de maneira expressa a possibilidade de análise, após o decurso de lapso temporal razoável, da permanência ou não dos motivos de interesse público que fundamentaram a colocação do membro do *Parquet* em disponibilidade compulsória, com o seu aproveitamento na hipótese de cessação dos referidos motivos.

Por derradeiro, diante das considerações lançadas neste tópico, pode-se asseverar que a disponibilidade compulsória do membro do Ministério Público

11 Trecho extraído do parecer da Procuradoria-Geral da República proferido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 254/DF, acessível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=4400215&tipoApp=.pdf>.

12 Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Ação proposta pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages). Associação que representa apenas fração ou parcela da categoria profissional por conta de cujo interesse vem a juízo. Caracterizada a ilegitimidade ativa ad causam para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Ação Direta não conhecida. (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 254/DF, Rel. Ministro Luiz Fux). Acessível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=300078149&tipoApp=.pdf>.

consiste em medida administrativa de caráter temporário, que pode ostentar natureza sancionatória ou não, sempre motivada pelo interesse público, devendo ser aplicada pela maioria absoluta dos integrantes do respectivo Conselho Superior ou do Conselho Nacional do Ministério Público, com a observância da ampla defesa, resultando em inatividade remunerada com subsídio proporcional ao tempo de serviço, mantidas as vedações constitucionais próprias da carreira, até posterior aproveitamento decorrente da cessação das razões que a determinaram.

3. DA REMOÇÃO COMPULSÓRIA

A remoção compulsória também encontra assento constitucional, apresentando-se na Carta Magna como forma de provimento derivado dos cargos do Ministério Público que relativiza a garantia da inamovibilidade de seus membros e, tal como o instituto versado no item anterior, funda-se no interesse público.

Com efeito, o art. 128, § 5º, inciso I, alínea *'b'*, da Constituição Federal, estabelece que os membros do *Parquet* gozam de inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.

Na mesma toada, o art. 93, inciso VIII, aplicável ao Ministério Público por força do art. 129, § 4º, ambos da Constituição da República, também autoriza a remoção por interesse público.

O instituto ora em estudo ainda encontra disciplina no texto constitucional quando da fixação das atribuições Conselho Nacional do Ministério Público, ficando estabelecido que ao referido Órgão Colegiado de controle externo competirá:

> [...] receber 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. (art. 130-A, § 2º, inciso III).

Assim, denota-se do regramento constitucional outorgado à remoção do membro do *Parquet* por interesse público que o instituto pode possuir natureza de sanção administrativa ou de medida administrativa desvinculada de aspecto disciplinar.

Dando guarida à tese ora esposada, Emerson Garcia inclui a remoção compulsória, tal como a disponibilidade compulsória, entre as sanções administrativas cominadas constitucionalmente aos membros do Ministério Público que incorrerem em falta funcional[13].

13 Ainda sob a ótica das sanções disciplinares, vale mencionar aquelas referidas no art. 130-A, § 2º, inciso III, da Constituição da República – remoção, disponibilidade e aposentadoria, nos dois últimos casos com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço -, passíveis de serem aplicadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público após a sua integração pela legislação infraconstitucional, com a consequente indicação das condutas que justificarão a sua aplicação. (GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 656-657).

Complementando, ao discorrer sobre o instituto em exame, Hugo Nigro Mazzilli pondera que, ainda não se tratando de punição disciplinar, pode haver interesse público a justificar a remoção compulsória de um membro do *Parquet* do seu cargo. A título de ilustração, o renomado jurista invoca a situação hipotética em que o promotor de Justiça contrai núpcias com a juíza de Direito, sendo ambos titulares na mesma Comarca de Vara Judicial e Promotoria de Justiça únicas. Nesse caso, indubitavelmente, o membro do Ministério Público e a magistrada estariam impedidos de atuar nos mesmos processos, ressaindo patente o interesse público ensejador da remoção compulsória, sem caracterização de falta funcional[14].

Seguindo as balizas da Constituição da República, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público reafirma como garantia dos membros do *Parquet* a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público (art. 38, inciso II), regulamentando que a remoção compulsória, no âmbito do controle interno, será imposta pelo Conselho Superior, cabendo recurso ao Colégio de Procuradores de Justiça (arts. 12, inciso VIII, alínea *'d'*, e 15, inciso VIII).

Gize-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004, assim como explanado anteriormente quanto à disponibilidade compulsória, introduziu mudanças nos arts. 128, § 5º, inciso I, alínea *b*, 93, inciso VIII, e 129, § 4º, da Constituição da República, reduzindo o quórum exigido para a decretação da remoção por interesse público de dois terços para maioria absoluta dos membros do Órgão Colegiado competente, não mais vigorando, nesse ponto específico, a regra do citado art. 15, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.625/1993.

Interessante observar que a Constituição da República e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não conferem a adjetivação de "compulsória" à nomenclatura da remoção fundada no interesse público por elas instituída, embora tenham deixado patente que a sua aplicação passa ao largo do consentimento ou da voluntariedade do membro destinatário da medida.

A Lei Orgânica do Ministério Público da União igualmente não consagra a denominação "remoção compulsória", mas prevê expressamente a remoção de ofício por interesse público como medida administrativa excepcional à garantia da inamovibilidade, a ser requerida pelo procurador-geral e aplicada pelo Conselho Superior, sem incluí-la em seu rol taxativo de sanções disciplinares, como se aquilata nos arts. 57, inciso XIX, 98, inciso XVII, 131, inciso XVII, 166, inciso XVII, 209, 210, parágrafo único, 211 e 239.

A seu turno, algumas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados adotaram a terminologia "remoção compulsória" ao disciplinar a remoção não voluntária motivada por interesse público[15], inexistindo uniformidade no tratamento do instituto quanto à sua natureza.

14 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247.

15 Exemplificando: Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados de Alagoas (art. 79, inciso IV), do Amazonas (art. 326, inciso II), da Bahia (art. 211, inciso IV), do Ceará (art. 225, inciso IV), de Minas Gerais (art. 208, inciso IV), da Paraíba (art. 189, inciso IV), do Paraná (art. 114), de Pernambuco (art. 79, inciso IV), do Rio Grande do Norte (art. 119) e de São Paulo (art. 136).

Deveras, enquanto alguns Estatutos elencam expressamente a remoção compulsória entre as sanções imponíveis em caso de cometimento de falta funcional[16], outros não o fazem, prevendo a sua incidência enquanto medida administrativa, ainda que o fato motivador possa configurar infração disciplinar[17].

Registre-se que, mesmo naquelas unidades do Ministério Público em que a respectiva Lei Orgânica estatua a remoção compulsória apenas como penalidade decorrente de transgressão disciplinar, cabível também se mostra a remoção por interesse público como medida administrativa, nos termos do art. 128, § 5º, inciso I, alínea *b*, e do art. 93, inciso VIII, c/c art. 129, § 4º, da Constituição Federal.

O mesmo não se pode afirmar na situação inversa. Inexistindo previsão na Lei Orgânica da remoção compulsória como sanção disciplinar, não será possível aplicar o instituto em testilha como penalidade decorrente da condenação pela prática de falta funcional, em homenagem ao princípio da tipicidade das infrações administrativas, consagrado, ainda que implicitamente, na Constituição da República[18].

Partindo dessa fundada premissa, conclui-se que o Conselho Nacional do Ministério Público somente poderá determinar a remoção compulsória a título de pena administrativa, nos moldes do art. 130-A, § 2º, inciso III, da Constituição da República, nas hipóteses em que a legislação infraconstitucional, ainda que na esfera estadual, elenque tal instituto entre as sanções disciplinares e descreva as condutas que ensejarão a sua aplicação.

Ressalte-se que a referida condicionante, por idênticas razões, também alcança a imposição pelo Conselho Nacional do Ministério Público da disponibilidade compulsória como penalidade administrativa[19].

16 Tal cominação se faz presente, *verbi gratia*, nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados de Alagoas (art. 79, inciso IV), da Bahia (art. 211, inciso IV), do Ceará (art. 225, inciso IV), de Minas Gerais (art. 208, inciso IV), da Paraíba (art. 189, inciso IV) e de Pernambuco (art. 79, inciso IV), bem como no Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (art. 114, parágrafo único, inciso I).

17 Esta situação pode ser verificada, por exemplo, nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados do Paraná (art. 114), do Rio Grande do Norte (art. 119) e de São Paulo (art. 138).

18 Nesse sentido: Observe-se que o constituinte de 1988 consagra que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, LIV, CF/88) e que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CF/88). Ademais, desde a EC 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos poderão ser equivalentes a emendas constitucionais, desde que aprovados pelo Congresso pelo procedimento previsto no art. 5º, § 3º, CF/88. Além disso, a mesma Carta Magna consagrou um rol extenso de direitos fundamentais, tais como os direitos ao Estado de Direito, à segurança jurídica, à legalidade, à proporcionalidade, com um leque significativo de desdobramentos em outros direitos. Não se pode alimentar qualquer espécie de dúvida no sentido de que tais direitos afetam, muito especialmente, a atividade sancionadora do Estado, venha ela do Poder Executivo ou do Judiciário. Pode-se dizer, nesse passo, que o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse substancial conjunto de direitos fundamentais, decorre ainda, genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, vale dizer, da garantia de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º, II, CF/88). Some-se a isso o fato de que Administração Pública, ademais, está submetida à exigência de legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), o que pode implicar, em semelhante contexto, necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-las. [...] Por tudo isso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em norma sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), como tem sido nos países civilizados, mormente no berço histórico do instituto, visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 230-231).

19 Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232-233 e 656-657.

Tendo ainda como recorte os Ministérios Públicos Estaduais cujo Estatuto não comine a remoção por interesse público como sanção administrativa e somando-se a eles os ramos do Ministério Público da União, pode ocorrer que o mesmo fato enseje a aplicação ao membro do *Parquet* de pena disciplinar (por exemplo, advertência ou censura) e a determinação de sua remoção de ofício, sem a configuração de *bis in idem*.

Deveras, nessa hipótese, a remoção compulsória não está elencada como pena e ocorrerá para atender ao interesse público, possuindo natureza de medida administrativa, sem prejuízo da incidência da sanção disciplinar prevista na legislação de regência para aquela conduta tipificada, consoante já decidiu o Conselho Nacional do Ministério Público[20].

De todo modo, por restringir a garantia constitucional da inamovibilidade dos membros do *Parquet* e trazer consigo gravame ao seu destinatário, a remoção compulsória, em qualquer situação, deverá ser precedida de procedimento administrativo, assegurada ampla defesa[21].

Especificamente quanto aos efeitos gravosos decorrentes da remoção compulsória imposta ao membro do Ministério Público, além da mudança forçada de Unidade Administrativa, há previsão nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais de outras consequências negativas, tais como a fixação de impedimentos para movimentação na carreira por determinado período e o descabimento de ajuda de custo nessa modalidade de provimento derivado.

A legislação paulista, a título de exemplo, preconiza que o membro do *Parquet* removido compulsoriamente não faz jus a ajuda de custo; fica impedido, pelo prazo de dois anos, de postular remoção por permuta; e não pode ser indicado para a formação de lista tríplice em edital de promoção ou remoção por merecimento, pelo período de um ano (arts. 147, § 2º, alínea *a*, e 138, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar Estadual nº 734/1993).

Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia estatui que a remoção compulsória veda a promoção, por antiguidade ou merecimento, pelo prazo de um ano (art. 217).

Já o Estatuto mineiro proíbe qualquer movimentação na carreira, por antiguidade ou merecimento, também pelo período de um ano (art. 217 da Lei Complementar Estadual nº 34/1994).

Cumpre realçar que, naqueles casos em que a remoção por interesse público possui natureza de sanção, a vedação, ainda que parcial, de movimentação na carreira

20 PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. REMOÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. CABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. 1. O prazo para interposição do recurso contra decisão do Conselho Superior do MP/RN que aplica a remoção compulsória é de 48 horas, conforme dispõe o § 2º do art. 31 da Lei Orgânica do MP/RN. 2. O somatório dos fatos apresentados demonstra que a remoção por interesse público é aplicável ao caso. 3. Não há que se falar em bis in idem, uma vez que a remoção compulsória, no âmbito da legislação aplicada ao Ministério Público, não é prevista como sanção, mas para atender o interesse público. 4. Não verificação da alegação de falta de fundamentação na escolha da Comarca de Areia Branca/RN. 5. Improcedência. (CNMP, Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.002313/2010-82, Relatora Conselheira Sandra Lia Simón, j. 15/3/2011).

21 Nesse sentido: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 520 e 527-528.

por determinado lapso temporal funciona como verdadeira pena acessória e reforça a necessidade de aplicação de segunda penalidade de remoção compulsória pelo cometimento de outra falta funcional ainda no exercício das funções naquela Unidade Administrativa da qual o membro do *Parquet* fora removido compulsoriamente.

Explicando melhor: um promotor de Justiça, titular da Comarca X, após regular tramitação de processo disciplinar administrativo, é definitivamente condenado à pena de remoção compulsória para a Comarca Y. Meses depois, instaura-se novo processo disciplinar administrativo, por outra falta funcional praticada pelo mesmo membro do Ministério Público quando ainda em exercício na Comarca X, igualmente punível com remoção compulsória.

Nessa situação hipotética, certamente surgiria o questionamento acerca da existência de interesse no prosseguimento da segunda persecução administrativo-disciplinar, considerando a anterior remoção compulsória da Comarca X para a Y imposta àquele Órgão de Execução. Isso porque aplicada a penalidade uma, duas ou mais vezes a consequência seria a mesma: o afastamento do Órgão de Execução da Unidade Administrativa de origem.

A prefacial aventada poderia ser afastada sob o argumento de que conceber como prejudicado o segundo procedimento administrativo disciplinar equivaleria a conceder um salvo-conduto para todos os atos do promotor de Justiça na Comarca de origem ou sob a alegação de que os efeitos da reincidência no âmbito disciplinar seriam suficientes para justificar o prosseguimento do feito.

Contudo, a previsão da pena acessória aqui em destaque rechaça de uma vez por todas a cogitação de ausência de interesse jurídico no segundo processo disciplinar administrativo. Ora, acolhida a nova imputação, o termo inicial do período em que o membro do *Parquet* ficará impedido de remover-se voluntariamente e/ou promover-se corresponderá à data da segunda condenação a remoção compulsória, ressaindo patente a utilidade da persecução administrativo-disciplinar seguinte[22].

Noutro giro, importante repisar o caráter excepcional da remoção compulsória, pois relativiza a inamovibilidade dos membros do Ministério Público, garantia constitucional que possui estreita relação com o princípio do promotor natural[23].

22 O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no julgamento do Procedimento Disciplinar Administrativo – Portaria nº 34/2015-CGMP, decidiu nesses termos. Em sede recursal, a Câmara de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desclassificou a pena de remoção compulsória para censura, mas ratificou o afastamento da preliminar defensiva de perda do objeto decorrente da anterior aplicação de remoção compulsória.

23 Nesse sentido: Fora dessas situações de interesse público, e assegurada sempre ao membro do MP a mais ampla defesa, é defeso removê-lo do cargo que ocupa, salvo se assim ele próprio desejar, em situação que será então a remoção voluntária.
A inamovibilidade é garantia conferida ao membro do Ministério Público – frise-se ainda uma vez, e como ocorre também com as outras duas focadas nos incisos deste artigo – não apenas para sua própria tranquilidade, mas também para que a coletividade tenha a certeza de que o membro da Instituição se sente seguro no desempenho de suas tarefas, não importando a quem devam atingir.
De outra parte, a garantia constitucional da inamovibilidade diz também de perto com o princípio do promotor natural. Assim como outros membros da Instituição não mais podem ser designados livremente pelo procurador-geral de Justiça para o exercício de tarefas acometidas, segundo os critérios gerais de distribuição dos serviços, a determinado promotor ou procurador de Justiça (ver, nesta lei, art. 10, IX, 'g', supra), também não é admissível a remoção compulsória do membro da Instituição, motivada apenas pelo propósito de permitir que outro venha a desempenhar determinada tarefa que normalmente caberia a ele. (DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625, de 12.02.1993.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 575).

Assim, a remoção de ofício do membro do *Parquet* deve sempre resultar de decisão vinculada e fundamentada do Órgão Colegiado competente, com a explicitação do interesse público que a alicerça, jamais podendo servir como instrumento para o atendimento de eventuais interesses espúrios daqueles que detêm o poder político e/ou econômico, sob pena de colocar em xeque a imparcialidade e a credibilidade da própria Instituição.

Da mesma forma que retratado no tópico anterior em relação à disponibilidade compulsória, constata-se em Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, notadamente naquelas que elencam a remoção compulsória como sanção disciplinar, a delimitação de parâmetros mínimos para a caracterização do interesse público ensejador da aplicação do instituto ora em debate.

Reforce-se a pertinência do adensamento do conceito jurídico indeterminado "interesse público" promovido pelo legislador infraconstitucional, erigindo barreira para a aplicação discricionária ou indevida da remoção compulsória.

O Estatuto do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, *exempli gratia*, pontua que o interesse público justificador da remoção compulsória reside na ocorrência de fato que dificulte sobremodo o exercício das funções pelo membro do Ministério Público na Comarca, Promotoria ou Procuradoria (art. 35, § 1º).

De maneira ainda mais concreta, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais estipula que, sem prejuízo da verificação em outros casos, será obrigatoriamente reconhecida a existência de interesse público determinador da remoção compulsória nas seguintes hipóteses: a) reincidência em infração punível com pena de censura; b) exposição de membro do Ministério Público a risco de descrédito quanto às prerrogativas do cargo ou da instituição; c) recusa, por membro do *Parquet*, de atendimento ao procurador-geral de Justiça ou ao corregedor-geral do Ministério Público quando em visita, inspeção ou correição; d) exercício do comércio ou participação em sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista; e) exercício de atividade político-partidária; f) participação em leilão ou praça judiciais, inclusive por interposta pessoa (art. 215).

Outros exemplos que podem ser citados são as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados do Ceará (art. 234) e da Paraíba (art. 193).

Medida administrativa que igualmente encontra arrimo no interesse público, mas não se confunde com a remoção compulsória corresponde à redistribuição de atribuições entre Promotorias de Justiça de determinada Comarca.

A Lei Federal nº 8.625/1993, em seu art. 23, §§ 2º e 3º, outorga ao Colégio de Procuradores de Justiça a competência para fixar, excluir, incluir ou modificar as atribuições das Promotorias de Justiça ou dos cargos dos promotores de Justiça, mediante proposta do procurador-geral de Justiça.

Desse modo, uma vez aferido desequilíbrio na repartição de atribuições entre as Unidades Administrativas de uma mesma Comarca, para assegurar o interesse público inerente ao melhor desempenho das funções ministeriais, cabível a revisão

do ato normativo que disciplina a matéria, sem que haja ofensa à garantia da inamovibilidade e ao princípio do promotor natural ou caracterização de remoção compulsória daquele membro do *Parquet* que tiver suas atribuições alteradas, mesmo que substancialmente[24].

Por fim, saliente-se que nada impede que o membro do Ministério Público seja removido compulsoriamente para outra Promotoria de Justiça da mesma Comarca. Com efeito, conforme explanado anteriormente, o que fundamenta essa modalidade de afastamento do Órgão de Execução da Unidade Administrativa de sua titularidade é o interesse público, que poderá restar preservado com a transferência do membro do *Parquet* para Promotoria de Justiça com atribuição especializada distinta daquela de origem, na mesma Comarca[25].

Em face das ponderações assinaladas neste item, pode-se afirmar que a remoção compulsória consiste em exceção à garantia constitucional da inamovibilidade dos membros do *Parquet*, possuindo natureza de sanção administrativa ou de medida administrativa desvinculada de aspecto disciplinar, sempre motivada pelo interesse público, a ser aplicada pela maioria absoluta do Conselho Superior ou do Conselho Nacional do Ministério Público, mediante processo administrativo com ampla defesa, resultando na transferência do Órgão do Execução para outra Unidade Administrativa.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público estabelecem a imprescindibilidade da presença de motivo de interesse público para a determinação da disponibilidade e da remoção compulsórias do membro do *Parquet*, mediante decisão da maioria absoluta do Órgão Colegiado competente, assegurados devido processo legal e ampla defesa.

A Constituição da República e a Lei Federal nº 8.625/1993 ainda conferem aos citados institutos natureza de pena disciplinar ou de medida administrativa

24 Nesse sentido: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ. RESOLUÇÃO LOCAL QUE DISPÕE SOBRE A REDEFINIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DAS PROMOTORIAS DE PRIMEIRO GRAU. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INAMOVIBILIDADE. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROMOTOR NATURAL. OFENSAS NÃO COMPROVADAS. 1. Inexiste ofensa à legalidade na redistribuição de atribuições do Ministério Público do Estado do Piauí, realizada nos termos dos §§ 2º e 3º, do art. 33, da Lei Complementar nº 12/93, com o fito de tornar mais equânime a repartição de atividades entres os órgãos de execução e aprimorar a atuação ministerial em primeiro grau. 2. A modificação das atribuições das Promotorias de Justiça não se confunde com a remoção por interesse público, a que dispõe o inciso VIII, do art. 93, da Constituição Federal. 3. A publicidade e a participação da categoria interessada no processo de aprovação da Resolução, por meio da apresentação de emendas, afasta a alegação de ofensa ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. 4. A redistribuição de atribuições das Promotorias de Justiça não importa em violação ao princípio do promotor natural, exceto quando há provas de lesão ao exercício independente das atribuições dos membros ou de manipulação casuística por parte do Procurador-Geral de Justiça, o que não ocorre nos autos. 5. A readequação das atribuições das Promotorias de 1º grau destina-se, primordialmente, à comunidade piauiense, não se afigurando, nos autos, hipótese de designação casuística, remoção compulsória ou ainda extinção de cargo por via oblíqua, de forma que se mantém preservada a garantia da inamovibilidade. 6. Improcedência. (CNMP, Procedimento de Controle Administrativo nº 0.00.000.000235/2011-62, Relatora Conselheira Taís Schilling Ferraz, j. 15/06/2011).
Igualmente distinguindo a remoção compulsória da mudança de atribuições de Promotorias de Justiça promovida nos termos da lei, confira-se: MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 247-248.

25 Nesse sentido, decidiu o Conselho Nacional do Ministério Público no julgamento do Procedimento Avocado nº 1.00424/2015-30, realizado em 13/12/2016 (Relator Conselheiro Sérgio Ricardo de Souza).

desvinculada de caráter sancionatório, deixando a regulamentação da matéria a cargo das Leis Orgânicas de cada unidade do Ministério Público brasileiro, as quais o fizeram de maneira heterogênea.

Ambos institutos relativizam cânones fundamentais do *Parquet*, pois afastam os promotores naturais de suas atribuições, transferindo-os para a inatividade temporária remunerada com subsídio proporcional ao tempo de serviço (disponibilidade compulsória) ou para outra Unidade Administrativa (remoção compulsória).

Além de excepcionarem postulados fundantes do regime jurídico ministerial, os institutos em questão trazem gravosas consequências ao seu destinatário, razão pela qual a concretização do conceito jurídico indeterminado "interesse público" deve ser realizada de maneira criteriosa pelas Corregedorias e pelos Órgãos Julgadores, sobretudo quando a respectiva Lei Orgânica não traça os contornos mínimos para sua configuração.

Contudo, essa compreensão do alcance dos motivos ensejadores da disponibilidade e da remoção compulsórias definitivamente não pode servir para o acobertamento de condutas perpetradas por membros do *Parquet* em desalinho aos deveres e às vedações funcionais, com exposição da Instituição a risco de descrédito perante a comunidade.

Especificamente quanto à disponibilidade compulsória, em respeito ao óbice constitucional de imposição de penas administrativas perpétuas, imperioso se revela, após o transcurso de prazo razoável, o exame acerca da manutenção ou não dos motivos de interesse público que determinaram a aplicação da sanção, com o consequente aproveitamento do membro do Ministério Público na hipótese de cessação das razões que causaram o seu afastamento.

Lado outro, no que concerne à remoção compulsória, pode ocorrer que, a partir de um único fato, aflore interesse público a justificar a incidência do instituto como medida administrativa, bem como haja a aplicação de sanção disciplinar diversa prevista na legislação de regência, sem a caracterização de *bis in idem*.

Diante das especificidades abordadas alhures e, notadamente, por apresentarem como fundamento determinante o interesse público, assim como por assegurarem à sociedade o exercício adequado das funções ministeriais, conclui-se que os institutos da disponibilidade e da remoção compulsórias contribuem significativamente para a legitimação social do Ministério Público, cuja ampliação deve ser objetivo das Corregedorias da Instituição.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à Justiça. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional do Ministério Público – O papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 49-107, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625, de 12.02.1993*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A PERDA DO CARGO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Renee do Ó Souza[1]

Resumo: O objetivo principal é discutir a sanção de perda do cargo do membro do Ministério Público a partir da garantia constitucional da vitaliciedade e sua regulamentação jurídica. São analisadas algumas questões controvertidas, como cumulatividade e independência de instâncias de responsabilidade do agente ministerial, bem como as peculiaridades da ação civil de perda do cargo. A boa compreensão do instituto reclama estudo sistemático a fim de evitar, de um lado, o esvaziamento da vitaliciedade, e de outro, a sua utilização como escudo para perpetuação de ilegalidades que atingem a confiança e legitimidade do Ministério Público perante o cidadão.

Palavras-chaves: Perda do cargo. Vitaliciedade. Cumulatividade de instâncias. Responsabilidade do membro do Ministério Público.

Abstract: The main objective is to discuss the sanction of loss of the office of the member of the Public Prosecution Service from the constitutional guarantee of the vitality and its legal regulation. Some controversial issues are analyzed as cumulativeness and independence of instances of responsibility of the ministerial agent, as well as the peculiarities of the civil action of loss of the position. The good understanding of the institute calls for systematic study in order to avoid, on the one hand, the emptying of vitality, and on the other, its use as a shield to perpetuate illegalities that reach the trust and legitimacy of the Public Prosecution with the citizen.

Keywords: Loss of position. Vitality. Cumulativeness of instances. Responsibility of the member of the Public Prosecutor's Office.

Sumário: 1. Introdução. 2. Vitaliciedade. 3. Cumulatividade de responsabilidades dos membros do Ministério Público. 4. Hipóteses. 4.1. Crimes incompatíveis. 4.2. Abandono do cargo. 4.3 Exercício da advocacia. 5. Ação civil. 6. Cassação da aposentadoria. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 consagrou, no art. 1º, o modelo de Estado Democrático de Direito, o qual possui como base o princípio Republicano que pressupõe como característica nuclear, entre outras, a responsabilidade dos agentes públicos.

1 Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Promotor de Justiça. Membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. Mestrando do Uniceub. E-mail: reneesouza@hotmail.com.

A responsabilidade do agente público constitui-se em instrumento de confiança na medida em que busca inibir ações funcionais ilegais e, simultaneamente, assegura, com a aplicação da pena, a recomposição dos danos causados pelo ilícito.

A resposta pelo ilícito, contudo, só é capaz de assegurar o convívio social quando é proporcional ao ilícito praticado. Nessa linha, verifica-se que a sanção será tanto maior quanto mais grave for a conduta ilícita que produziu a lesão.

A sanção disciplinar mais grave prevista na legislação nacional do Ministério Público brasileiro é a perda do cargo, reservada, seguindo a linha da proporcionalidade, às condutas ilícitas que produziram significativa lesão ao interesse público em grau tal que a permanência no cargo pelo membro se torna insuportável e incompatível.

Por isso, a perda do cargo pode ser entendida como a sanção disciplinar que desconstitui, de forma permanente, os vínculos jurídicos estabelecidos após a investidura entre Administração Pública e pessoa natural.

Embora a legislação tenha uma quantidade relativa de disposições acerca do assunto, na atual esteira em que se encontra a apuração de fatos desta espécie, seja nos âmbitos dos Ministérios Públicos, seja no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, inúmeras questões são postas, de modo que esse singelo trabalho busca enfrentá-las, sem a pretensão de exaurir o assunto.

De saída, dois temas se mostram pertinentes a serem abordados desde já, eis que funcionarão como fio condutor para a análise do tema proposto: a vitaliciedade e a cumulatividade de instâncias/esferas de responsabilidade dos membros do Ministério Público.

2. VITALICIEDADE

A vitaliciedade é direito de permanência no serviço público que:

> [...] garante ao agente público o direito de somente ser destituído do cargo que ocupa por força de sentença judicial transitada em julgado, sendo este o critério que a diferencia da estabilidade, em que a destituição também pode decorrer de procedimento administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.[2]

Trata-se de instituto destinado a assegurar a determinados agentes públicos proteção jurídica que os encoraje a atuar de forma livre, sem receios de retaliação que possam oferecer riscos ao bom desempenho de seus cargos públicos. Por isso, são, no regime constitucional atual, garantias dadas àqueles que exercem funções essenciais do Estado, como magistrados (CF, art. 95, I), membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, "a") e membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º). Especificadamente sobre a função protetiva da vitaliciedade ao Ministério Público, como explica o Ministro Gilmar Mendes:

2 Garcia, p. 643.

> A relevância da sua atividade para o regime republicano democrático indica a necessidade de preservar o membro do Ministério Público de temores e de perseguições, que lhe inibam o exercício funcional desassombrado. Sensível a isso, a Constituição de 1988 estabeleceu garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídios. Note-se que essas garantias servem de escudo para o membro do Ministério Público, mas têm por finalidade derradeira acautelar a autonomia com que o constituinte desejou revestir a Instituição. Por isso mesmo, os integrantes da carreira delas não podem dispor nem lhes é dado dispensá-las[3].

Como colocado ao final da lição acima, a garantia da vitaliciedade é destinada à independência e autonomia da instituição[4]. Parafraseando José Renato Nalini, é garantia instituída em favor dos destinatários da justiça, não para privilegiar os magistrados (e Promotores de Justiça, acrescentamos). Se o juiz (Promotor de Justiça) pudesse perder o cargo a qualquer desagrado de um poderoso, não haveria justiça que sobrevivesse, pois a missão judicial (ministerial) é sempre desagradara uma das partes. Quando não a todos os envolvidos na cena judiciária[5]".

No que pertine ao Ministério Público, ao contrário do que ocorre com o Poder Judiciário, a perda do cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado é plenamente regulamentada.

No âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, a regulamentação é feita pela Lei nº 8.625/1993 e Leis Orgânicas Estaduais e, no âmbito do Ministério Público da União, pela Lei Complementar nº 75/1993.

Os diplomas legais citados adotam terminologia distinta. Na Lei nº 8.625/1993 optou-se pela expressão perda do cargo enquanto na Lei Complementar nº 75/1993 o instituto foi denominado demissão, embora, como explica Hugo de Nigro Mazzili, "demissão" seja a terminologia adequada para referir-se ao desligamento do membro do Ministério Público que ainda não tenha ultrapassado o período de dois anos de estágio probatório[6].

Esclarece-se desde logo que o sistema jurídico, por meio da vitaliciedade, pretendeu robustecer o sistema punitivo disciplinar a que se sujeitam determinados agentes públicos, de modo que a necessidade de haver decisão judicial transitada em julgado para a decretação da perda do cargo não desnatura a natureza administrativa, disciplinar e punitiva desta sanção. Ao exigir que a perda do cargo do agente público vitalício ocorra mediante sentença judicial, a Constituição da República apenas incrementou o devido processo legal na esfera administrativa disciplinar.

---

3 Mendes, p. 1064.

4 Embora se refira à vitaliciedade dos membros do Judiciário, o Ministro Barroso complementa a ideia de que esta garantia liga-se a independência da instituição, lição que se estende ao Ministério Público: "No modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico. A independência se manifesta, como assinalado, em garantias institucionais – como a autonomia administrativa e financeira – e garantias funcionais dos juízes, como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios". (BARROSO, p. 459).

5 Nalini, p. 1091.

6 Mazzilli, p. 261.

O principal ponto que se pretende deixar registrado é que a garantia da vitaliciedade, ao criar hipótese de jurisdição necessária, provoca o endurecimento do sistema administrativo disciplinar, sem, entretanto, esvaziar ou anular ou se sobrepor às outras esferas de responsabilidade dos membros do Ministério Público.

Trata-se de premissa relevante para compreender a existência do sistema de concomitância de responsabilidades vigente no país.

3. CUMULATIVIDADE DE INSTÂNCIAS/ESFERAS DE RESPONSABILIDADES DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em decorrência do princípio republicano, resta consolidado no país o sistema de responsabilidade acumulada em face dos servidores públicos por seus atos ilícitos, de modo que, não raro, o agente que realiza uma conduta ilícita pode ser responsabilizado na esfera civil, penal, administrativa e política[7].

Ao contrário de outras categorias de servidores públicos, a exemplo do art. 125 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990), as leis que tratam do Ministério Público não estabelecem expressamente o sistema de acúmulo de responsabilidade. A sua constatação, todavia, decorre do ordenamento jurídico, *ex vi*, arts. 935 do CC, 64 do CPP, 315 do CPC, 12 da Lei nº 8.429/1992, art. 1º da Lei nº 4.898/1965 e art. 40-A da Lei nº 1.079/1956.

Esse sistema de corresponsabilidades não é excepcionado pelo regime jurídico do Ministério Público, isto é, a vitaliciedade não excluiu a coexistência dos demais sistemas de responsabilidade. Referida garantia apenas assegura que o agente vitalício não perca o cargo, como sanção disciplinar, em decisão proferida em processo administrativo por autoridades ligadas à Administração Pública.

Desse modo, a perda do cargo pelo membro do Ministério Público pode decorrer tanto de sanção disciplinar, penal, civil ou política[8], desde que aplicadas, as três primeiras, em decisão judicial transitada em julgado.

É, portanto, a natureza do ato ilícito que produz respostas distintas pelos ramos do direito, cada qual com suas peculiaridades, o que leva à coexistência de sanções em várias instâncias diferentes e não à qualidade do agente público.

Desse modo, afigura-nos possível que o membro do Ministério Público, além da instância administrativa/disciplinar, tenha decretada a perda do cargo por condenação por improbidade administrativa e como efeito extrapenal da sentença, por condenação criminal. Vejamos.

A responsabilidade civil que possibilita a incidência da Lei nº 8.429/1992 decorre de seu art. 2º, que alcança os membros do Ministério Público que praticarem

7 Sobre o princípio republicano eis a precisa lição do Ministro Luís Roberto Barroso: A jurisprudência extrai como corolário do princípio republicano a responsabilidade política, penal e administrativa dos governantes e nele tem procurado fundamentar a interpretação restritiva das hipóteses de tratamento especial conferido a agentes públicos, inclusive e notadamente as relativas ao foro por prerrogativa de função (BARROSO, op. cit., p. 360).

8 Mazzili, p. 666.

atos nela previstos como de improbidade administrativa, pelos quais, segundo o art. 12 da mesma lei, sujeitam-se, entre outras, à pena de perda do cargo. Trata-se de lei de natureza extrapenal que regulamenta de forma direta o art. 37, § 4º, da Constituição Federal[9] e, por isso, tem âmbito de incidência distinto do decorrente do art. 128, § 5º, I, "a", da Constituição Federal, que se destina a instituir a vitaliciedade que possui, como dito acima, a função de robustecer a esfera de responsabilização administrativa-disciplinar do membro do Ministério Público.

O professor Hugo Nigro Mazzilli defende que, embora seja possível a responsabilização do membro do Ministério Público por ato de improbidade administrativa, "não se pode pedir nessas ações, ou se for pedida, não se pode decretar a pena da perda do cargo"[10]. Fundamenta seu escólio no fato de alguns agentes públicos possuírem as regras de investidura e perda do cargo previstas na própria Constituição, pelo que não seria possível a lei infraconstitucional criar outras formas para tanto, o que levaria à usurpação de competências da Constituição.

Rebate a tese, com a precisão que lhe é peculiar, o professor Emerson Garcia:

> Em nosso pensar, a incoerência da referida conclusão está nitidamente entrelaçada com a equívoca identificação da norma especial e da norma geral. *In casu*, o parâmetro a ser seguido, consoante a própria letra do art. 37, § 4º, da Constituição da República, haverá de ser a natureza do ato, e não a qualidade do agente público.
>
> Justifica-se a assertiva, pois toda a sistemática legal e constitucional gira em torno dos atos de improbidade, o que demonstra que a Lei nº 8.429/1992 ocupa o posto de norma de natureza especial, rompendo com a disciplina dispensada aos demais ilícitos passíveis de serem praticados, estes sim regulados pela Lei Orgânica da Instituição, que será considerada norma especial em razão da peculiar condição do agente. Assim, o que se verifica é o elastecimento das hipóteses autorizadoras da perda da função previstas no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993.
>
> Por constituir a Lei nº 8.429/1992 um microssistema de combate à improbidade, com peculiaridades próprias e que comina sanções de natureza cível, também em relação aos membros do Ministério Público Estadual inexiste prerrogativa de foro, devendo ser fixada a competência do juízo monocrático. Em que pese o fato de o art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/1993 estatuir que "a ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local", tal preceito somente será aplicável às hipóteses previstas no diploma legal em que está inserido, não alcançando a disciplina específica da Lei de Improbidade. Assim, deve ser seguida a normatização básica de regência das atribuições dos órgãos de execução, não havendo que se falar em atribuição privativa do Procurador-Geral. Isso não impede que essa atribuição seja outorgada pela lei orgânica local. O importante, em qualquer caso, é não

9 Que dispõe que: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a **perda da função pública**, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

10 Mazzilli, p. 261.

> confundir a ação civil de perda do cargo com a ação por ato de improbidade administrativa.[11]

A possibilidade de um membro do Ministério Público perder o cargo em decorrência de ato de improbidade administrativa é referendada pelo Superior Tribunal de Justiça[12]:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE CARGO A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. [...] 3. Nos termos do art. 37, § 4º. da Constituição Federal e da Lei n. 8.429/1992, qualquer agente público, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ser punido com a pena de perda do cargo que ocupa, pela prática de atos de improbidade administrativa. 4. A previsão legal de que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República ajuizará ação civil especifica para a aplicação da pena de demissão ou perda do cargo, nos casos elencados na lei, dentre os quais destacam-se a prática de crimes e os atos de improbidade, não obsta que o legislador ordinário, cumprindo o mandamento do §4º do art. 37 da Constituição Federal, estabeleça a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público quando comprovada a prática de ato ímprobo, em ação civil pública específica para sua constatação. 5. Na legislação aplicável aos membros do Ministério Público, asseguram-se á instituição as providências cabíveis para sancionar o agente comprovadamente ímprobo. Na Lei nº 8.429/1992, o legislador amplia a legitimação ativa, ao prever que a ação será proposta "pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada" (art. 17). Não há competência exclusiva do Procurador-Geral. 6. Assim, a demissão por ato de improbidade administrativa de membro do Ministério Público (art. 240, inciso V, alínea b, da LC n. 75/1993) não só pode ser determinada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica, cujo ajuizamento foi provocado por procedimento administrativo e é da competência do Procurador-Geral, como também pode ocorrer em decorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública prevista na Lei n. 8.429/1992. Inteligência do art. 12 da Lei n. 8.429/1992. 7. Recurso especial provido para declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à sua punição". (STJ -Recurso Especial nº 1.191.613-MG, (2010/0076423-3)1º T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j, 19/03/15)[13]

11 Garcia, p. 677-678.

12 Nesse sentido é a conclusão da Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos do MPMG. *A Lei de improbidade administrativa como instrumento para a perda da função pública e o equívoco do fracionamento da competência*. Disponível em: <http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-30.doc> Acesso em: 19 jan. 2017.

13 Da mesma forma, o STJ vem entende cabível a perda do cargo de Magistrado em decorrência da ato de improbidade. Neste sentido: Resp. 644.287/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Julgado em 12.12.2006, DJ 1º.2.2007, p. 396 e REsp 783823 / GO - RECURSO ESPECIAL - 2005/0158326-3 – Relator: Ministra: Eliana Calmon – Data Julgamento: 13.05.2008 – Data Publicação/ Fonte: DJe 26/05/2008.

Nada impede, entretanto, que as leis orgânicas locais dos Ministérios Públicos estaduais façam previsões acerca da legitimidade para a propositura dessas ações inclusive com previsões acerca das competências administrativas (atribuições) de seus órgãos de execução uma vez que nesse caso, a instituição está exercendo seu legítimo direito de conformação e funcionamento interno[14], conforme já decidiu o STF na ADIN 1916 que embora se trate da legitimidade para ajuizar Ação de Improbidade em face de Governador de Estado, pela identidade de circunstâncias essenciais, reclama o mesmo tratamento jurídico[15].

O que é incabível é restringir, via leis estaduais, os institutos processuais ou materiais da Lei nº 8.429/1992 como legitimidade, condições da ação, competência, efeitos da sentença ou das penas etc. que se referem à matéria reservada à Lei Federal, conforme prevê o art. 22, I, da CF. Não se pode, a pretexto de regulamentar a ação de perda do cargo prevista no art. 128, § 5º, I, "a", da CF, que se destina à sanção disciplinar, permitir que o legislador estadual invada matéria reservada à competência federal[16].

Além disso, a Lei de Improbidade regulamenta o direito fundamental à probidade administrativa decorrente de todo o art. 37 da Constituição Federal, o qual, de um modo geral, prevê o regime jurídico geral de toda a Administração Pública brasileira e suas relações com administradores, cidadãos, usuários etc.

14 Nesse sentido são as LOEMPMT, LOEMPGO.

15 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 30, INCISO X, DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL --- LC 72/94. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE MATÉRIA DE CARÁTER PROCESSUAL. ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO LOCAL. ARTIGO 128, § 5º, E ARTIGO 129, INCISO III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Competência exclusiva do procurador-geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para propor a ação civil pública contra autoridades estaduais específicas.

2. A legitimação para propositura da ação civil pública, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição do Brasil, é do Ministério Público, instituição una e indivisível.

3. O disposto no artigo 30, inciso X, da LC 72/94, estabelece quem, entre os integrantes daquela instituição, conduzirá o inquérito civil e a ação civil pública quando a responsabilidade for decorrente de ato praticado, em razão de suas funções, por determinadas autoridades estaduais.

4. A Lei Complementar objeto desta ação não configura usurpação da competência legislativa da União ao definir as atribuições do procurador-geral. Não se trata de matéria processual. A questão é atinente às atribuições do Ministério Público local, o que, na forma do artigo 128, § 5º, da CB/88, é da competência dos Estados-Membros.

5. A Lei Complementar nº 72, do Estado de Mato Grosso do Sul, não extrapolou os limites de sua competência. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente concedida. (STF. Processo ADI 1916 MS, Orgão Julgador Tribunal Pleno. Partes: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Publicação DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-01 PP-00108. Julgamento 14 de Abril de 2010. Relator Min. EROS GRAU).

16 Essa invasão de competência viola o chamado princípio da partilha das competências constitucionais, o qual, na elucidativa lição do professor José dos Santos Carvalho Filho é "peculiar às federações como a nossa, em função do qual o poder legiferante já se encontra delineado na Constituição. Assim, não há poder de mando, por exemplo, do Legislativo federal em relação ao estadual quando a matéria é suscetível de ser disciplinada por este. Nem do Legislativo estadual sobre o municipal, se se trata de competência atribuída ao município. Se lei federal dispõe sobre matéria reservada ao município, por exemplo, não haverá preponderância dela sobre a lei municipal, o que comprova que não há hierarquia. Ao contrário, a lei federal é que será inconstitucional e suprimida do ordenamento jurídico (CARVALHO FILHO, p. 71-72).

Trata-se de disposição constitucional de elevada carga principiológica e valorativa que, sem prejuízo de outras funções, investe o Estado no dever de proteger-se contra atos antieconômicos, autoritários, ímprobos, injustos e ineficientes.

As leis estaduais, independentemente dos óbices formais acima mencionados, não podem restringir a regulamentação da Lei nº 8.429/1992, porque a tutela do direito fundamental à probidade administrativa não pode ser diminuída para além dos limites estabelecidos pela lei federal. Fosse possível referida manobra, bastava que fossem editadas leis estaduais prevendo que determinadas autoridades estaduais fossem punidas de forma mais branda ou mediante condições inexistentes na lei federal, situação que nos afigura inconstitucional por ferir o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais.[17] Essa possibilidade, além de violar a integridade e coerência que se pretende manter no sistema jurídico, principalmente em situações em que se deve buscar a proteção integral de direitos fundamentais, seria facilmente utilizada como instrumento de impunidade.

Observe-se que algumas Leis Orgânicas tem previsão de que é possível a decretação de perda do cargo pela prática de atos de improbidade administrativa. É o caso das LOMPU, LOEMPMA, LOEMPMT etc.

Trata-se de disposição que se utiliza do conceito jurídico "ato de improbidade administrativo" previsto na Lei nº 8.429/1992 para incluí-lo no rol de hipóteses que autorizam a sanção disciplinar punida com a perda do cargo. Nesses casos, a Lei Estadual está a normatizar uma espécie de sanção disciplinar utilizando-se, por extensão, de conceito jurídico previsto em outra lei. Não há, portanto, mesmo nesses casos, como interpretar que a Lei Orgânica Estadual tenha de alguma forma derrogado a Lei Federal nº 8.429/1992 pelas razões acima delineadas.

Na esfera de responsabilidade criminal, pelas mesmas razões expostas, guardadas as peculiaridades do Direito Penal, entende-se cabível a perda do cargo de promotor de Justiça/procurador da República em decorrência de condenação criminal, decorrente da legislação penal[18].

O STJ, em decisão monocrática, já entendeu não ser possível a perda do cargo de promotor de Justiça em decisão condenatória criminal em face da especialidade da Lei Orgânica Nacional sobre o Código Penal[19].

17 O princípio da máxima eficácia e efetividade (também chamado de princípio da eficiência) implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais. Assim, verifica-se que a interpretação pode servir de instrumento para assegurar a otimização da eficácia e da efetividade, e, portanto, também da força normativa da constituição (CANOTILHO, p. 1226).

18 Além do art. 92, I, do Código Penal, a perda do cargo como efeito da condenação criminal está prevista nos arts. 1º, § 5º, da Lei nº 9.455/1997 (Lei de Tortura), art. 16 e 18 da Lei nº 7.716/1989 (Lei contra o Racismo), art. 6º, § 3º, "c", da Lei nº 4.898/1965 (Lei do Abuso de Autoridade) e art. 83 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

19 RECURSO ESPECIAL PENAL E PROCESSUAL PENAL CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONDENAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. [...]. PENA DE PERDA DO CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 8.625/93. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. DEPOIS DE AUTORIZADO PELO COLÉGIO DE PROCURADORES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 7. Em se tratando de normas legais de mesma hierarquia, o fato de a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prever regras específicas e diferenciadas das do Código Penal para a perda de cargo, em atenção ao princípio da especialidade – *lex specialis derogat generali* – deve prevalecer o que dispõe a referida lei orgânica. 8. Recurso especial parcialmente provido, tão somente para afastar a determinação de perda de cargo exarada no acórdão recorrido (STJ - REsp: 1251621

Com o devido respeito, a tese não se sustenta porque, como declinado antes, a vitaliciedade decorrente do art. 128, § 5º, I, "a", da CF nada tem a ver com exclusão do sistema de responsabilidade criminal, uma vez que se destina, essencialmente, a criar mecanismo de endurecimento para a responsabilização disciplinar do agente público.

Ademais, essa interpretação viola o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição deficiente uma vez que renega proteção integral que o Direito Penal faz dos bens jurídicos violados pelo agente condenado[20].

Com efeito, o Direito Penal em face da sua subsidiariedade, tutela interesses considerados como os mais nobres pela legislação vigente e que, em razão disso, merecem maior proteção. A perda do cargo público é efeito extrapenal específico que se agrega às funções preventiva e retributiva das penas e, por ser aplicável em casos de crimes funcionais, protege de maneira otimizada o direito fundamental à probidade administrativa, decorrente, como já afirmado antes, do art. 37, § 4º, da CF.

Além disso, impedir a incidência do Direito Penal sobre esses casos viola o princípio republicano, o qual pressupõe a responsabilidade dos agentes públicos, principalmente os mais importantes do Estado, inclusive na esfera penal[21].

A perda do cargo como efeito secundário de uma sentença penal se insere no dever do Estado de exercer controle social, como bem explica o procurador de Justiça Paulo Busato:

> Quando o Estado reconhece, por seu aparato mais ingente de controle social, que restou evidenciado que um de seus próprios representantes atuou de forma intolerável, não é razoável pretender que o próprio Estado siga sendo representado por tal pessoa. Na verdade, aquele que abraça a vida pública abre mão de parte de sua condição de agente privado, para submeter-se a uma vida de representação. Constitui uma contradição que o Estado seja controlado por violadores de regras que ele próprio se propõe a cumprir, por exigência daquele em função dos quais ele foi criado[22].

O professor Emerson Garcia entende pela impossibilidade de o membro do Ministério Público perder o cargo em decorrência de sentença penal invocando

AM 2011/0082630-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/10/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2014). Na doutrina, também entendem não ser possível a decretação da perda do membro ministerial por condenação criminal Carlos Roberto de Castro Jatahy (Curso de Princípio Institucionais do Ministério Público. p. 162/163) e Paulo Roberto Decomain (Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. p. 580).

20 No Brasil, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376-MS teceu importantes considerações sobre a proibição deficiente: "Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão de proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental".

21 Por ser incompatível com o princípio republicano, o STF, por exemplo, declarou inconstitucional dispositivo de Constituição Estadual que conferia ao Governador imunidade à prisão antes da condenação definitiva (STF – ADI 1.024/SC, rel. Min. Celso de Mello. 19.10.1995).

22 Busato, p. 1003.

semelhança com o sistema jurídico decorrente do art. 125, § 4º, da CF, que subordina a perda de graduação das praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados, o art. 102 do Código Penal Militar que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos[23].

Não se vislumbra, porém, tratar-se de situações semelhantes uma vez que o art. 128, § 5º, I, "a" da CF, ao contrário do dispositivo acima, não criou regra específica de competência jurisdicional ou regra especial capaz de afastar a incidência da lei penal nesses casos[24].

O Supremo Tribunal Federal[25] e o Superior Tribunal de Justiça[26] admitem a perda de cargo de membro da Magistratura, por sentença penal transitada em julgado, precedentes que, dada a incidência das mesmas características essenciais com o Regime Jurídico do Ministério Público, indicam que os casos merecem o mesmo tratamento.

Observe-se que, em ambas situações, seja perda do cargo em decorrência de ato de improbidade, seja de crime, resta devidamente respeitado o pressuposto constitucional de que a desinvestidura do agente vitalício ocorra por meio de decisão judicial transitada em julgado.

> Assim, quando a lei diz que a perda do cargo do Membro do Ministério Público ocorre, entre outras hipóteses, em vista da prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão transitada em julgado, não está a exigir que se trate de sentença penal transitada em julgado, mas sim de sentença transitada em julgado, o que é um pressuposto evidente, diante do mandamento constitucional (art. 128, § 5º, I, a). Supõe-se, pois, sentença judicial, proferida quer em jurisdição civil ou penal. Em ambas as hipóteses, estará obedecido o preceito constitucional[27].

23 Garcia, p. 672-673.

24 A posição do professor fluminense, *data venia*, torna-se ainda mais insustentável quando afirma que a regra de competência originária disposta no art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/1993 é nitidamente inconstitucional, o que afasta a semelhança entre os casos. "A conclusão, é importante frisar, não decorre, apenas, da configuração semântica do art. 128, § 5º, I, a, da Constituição da República, que associa a garantia da vitaliciedade à impossibilidade de perda do cargo "senão por sentença judicial transitada em julgado". Sentença, em rigor lógico, é ato emanado do juiz singular, não de um Tribunal. A inconstitucionalidade está configurada em razão da (1) regra do art. 125, § 1º, da Constituição da República, que situa na Constituição do Estado a *sedes materiae* da competência originária do Tribunal de Justiça, daí decorrendo a impossibilidade de a legislação infraconstitucional, ainda que federal, vir a elastecê-la; e da (2) incompatibilidade com o sistema constitucional, que somente reconhece o foro por prerrogativa de função nas causas penais" (GARCIA, p. 674).

25 STF, RHC nº 84.903-RN, 1ª T, j. 16-11-04, v. u., rel Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 04-02-05, p. 27.

26 STJ REsp nº 23.919-MG, Rel. Min. Anselmo Santiago. DJU 13-04-98, p. 156, j. 05-02-98, 6ª T. e Ação Penal n. 224-SP, Cesp STJ, Rel. Fernando Gonçalves, j. 1º-10-08, v. u., DJe 23-10-08. E ainda: "AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DESEMBARGADOR DO TJ/MT. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CP). PRELIMINARES: NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO: ACEITAÇÃO E SOLICITAÇÃO DE VANTAGEM INDEVIDA. PROVAS SUFICIENTES. CRIME FORMAL. CONDENAÇÃO. PERDA DO CARGO DE DESEMBARGADOR. [...] 6. **Condenação à pena privativa de liberdade estabelecida em 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, e, ainda, ao pagamento de 100 (cem) dias-multa - calculada esta a base de 1/2 salário mínimo mensal, vigente ao tempo do fato (art. 49, § 1º, CP) -, com a perda do cargo de Desembargador e manutenção do afastamento cautelar até o trânsito em julgado.** 7. Ação penal julgada procedente. (APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJe 02/02/2016)".

27 Mazzilli, p. 253.

O sistema de cumulatividade de responsabilidade é integrado pela Lei nº 1.079/1956, que, embora fale em crimes de responsabilidade, prevê a responsabilidade política dos membros do Ministério Público. Trata-se de espécie de ilícito que também enseja a perda do cargo, independentemente, segundo o próprio STJ do Princípio da Individualização das ações, segundo o qual teria que ser ajuizada uma ação para apurar crimes comuns e outra para crimes de responsabilidade, *in verbis*: "A própria Lei nº 1.079/50, no seu artigo 3º, prevê a dupla qualificação jurídico-penal do mesmo fato, a caracterizar crime de responsabilidade e crime comum, e ensejar a apuração no mesmo procedimento inquisitorial e cumulação de ação penal de natureza pública." (STJ, Apn 329/PB, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 20-9-2006, DJ de 23-4-2007).

4. HIPÓTESES DE PERDA DO CARGO

Dispõe o § 1º do art. 38 da Lei nº 8.625/1993 as hipóteses em que o membro do Ministério Público pode perder o cargo, quais sejam, (I) prática de crime incompatível com o exercício do cargo, (II) exercício da advocacia e (III) abandono do cargo.

4.1 Prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado

Trata-se de tipo com definição relativamente indeterminada, condizente com o Direito Administrativo Disciplinar, o qual necessita, por vezes, valer-se de conceitos abertos, frutos da superação do formalismo e do positivismo jurídico, o que resultou na cultura jurídica pós-positivista, caracterizada, segundo Luís Roberto Barroso, pela aproximação do Direito à Filosofia moral – em busca da justiça e de outros valores –, da Filosofia política – em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como Economia, Psicologia e Sociologia.[28]

Algumas leis estaduais procuraram definir quais seriam os crimes incompatíveis com a função, de onde é possível identificar um núcleo de consenso como sendo os crimes contra a administração e a fé pública, que importem lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio público ou de bens confiados a sua guarda[29]. Outras leis estaduais incluíram os crimes contra os costumes, tráfico de entorpecentes[30], estelionato[31], dolosos contra o patrimônio, previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição da República[32].

28 Barroso, p. 346.

29 Nesse sentido LOMPSP, LOMPAC, LOMPSC.

30 LOMPAP.

31 LOMPTO.

32 LOMPRJ.

A Lei Complementar nº 75/1993 prevê no art. 240, inciso V, embora não se utilize da mesma redação, pelo menos três casos que podem ser, eventualmente, tipificados como crimes, quais sejam: a) lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda; c) condenação por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a dois anos; e f) revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça.

A variedade de espécies de crimes só demonstra o acerto da opção legal pela adoção do conceito de forma indeterminada, de modo a permitir que a própria Administração Pública, por meio do Colégio de Procuradores, e depois, pelo Poder Judiciário, realize a devida análise e defina o alcance do que venha a ser crime incompatível com a função. Pedro Decoiman propõe como ponto cardeal para essa valoração a análise a partir da contrariedade entre o crime cometido e a missão constitucional do Ministério Público[33]. De qualquer modo, o parâmetro mínimo para essa valoração deve ser a prática de crimes que violem quaisquer dos deveres ou vedações constitucionais ou legais vinculantes dos membros do Ministério Público[34].

A segunda parte do inciso merece estudo peculiar: *após decisão judicial transitada em julgado.*

Importante destacar inicialmente que o condicionamento feito pela lei é à perda do cargo e não à propositura da ação. Essa distinção autoriza a conclusão de Emerson Garcia de que não há nenhum óbice a que a demanda: (a) seja instaurada, máxime quando não apresenta contornos sobrepostos à descrição das condutas tipificadas penalmente, sendo mais ampla; (b) tenha a sua instrução regularmente desenvolvida e, eventualmente; (c) tenha o seu curso suspenso no momento imediatamente anterior à prolação da decisão de mérito[35].

Com efeito, interpretação do art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993 é no sentido de que a sentença penal definitiva constitui, na verdade, requisito para a aplicação da perda de cargo e não para o ajuizamento da ação civil em que a sanção disciplinar foi deduzida. O entendimento de que se deve aguardar o trânsito em julgado da ação penal para a propositura da ação civil de perda do cargo, *data venia,* além de violar o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, contido no art. 5º, XXXV, da Constituição, deve ser refutado diante da ineficiência que proporciona, seja pela perspectiva de incidência da prescrição, seja pela dificuldade em coletar provas que o passar dos anos ocasiona, seja pela violação à duração razoável do processo inserida no art. 5º, LXXVIII, da CF.

Nesse sentido já decidiu o Conselho Nacional do Ministério Público desconsiderando ato do Colégio de Procuradores do Estado de Alagoas que

33 Decomain, p. 583.

34 Conforme prevê, por exemplo o art. 122, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual do Mato Grosso nº 416/2010.

35 Garcia, p. 671.

condicionava a propositura da ação civil de perda do cargo ao trânsito em julgado da ação penal:

> PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – LEI Nº 8.625/93, ARTIGOS 12 E 38, E LC Nº 15/96 DO ESTADO DE ALAGOAS, ARTIGOS 12 E 53 – AÇÃO CIVIL PARA DECRETAÇÃO DE PERDA DO CARGO POR PRÁTICA DE CRIME INCOMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DO CARGO – AÇÃO PENAL – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL E PENAL. 1. A propositura da ação civil para a decretação da perda do cargo de Promotor de Justiça em razão da prática de crime incompatível como o exercício do cargo independe do trânsito em julgado da ação penal deflagrada em razão dos mesmos fatos. 2. É predominante na doutrina e na jurisprudência que a decisão na esfera penal não vincula as esferas administrativa e civil, a menos que naquela instância tenha sido taxativamente declarado que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu. 3. Procedimento de controle administrativo procedente, por unanimidade. (CNMP, PCA nº 0.00.000.000521/2008-22, Relator: Paulo Freitas Barata, Data de Julgamento: 29/01/2009).

Em caso em que o CNMP decidiu de forma análoga, foi impetrado Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal no qual se buscava desconstituir decisão do Colégio de Procuradores Fluminense que condicionou o ajuizamento da ação civil de perda do cargo ao trânsito em julgado da ação penal, em que o membro praticou crime incompatível com o exercício do cargo. Na referida ocasião, a Ministra Relatora Cármen Lúcia afirma que a exigência dessa condicionante, no cenário da Justiça brasileira, significa assumir a ocorrência da prescrição e, consequentemente da impunidade administrativa:

> Exigir-se o esgotamento de todas as instâncias recursais na notoriamente sobrecarregada Justiça brasileira significa assumir a ocorrência da prescrição e, consequentemente, da impunidade administrativa [...] Não é demasia, então, conclui que o sobrestamento determinado pelo Órgão Especial de Procuradores de Justiça do Rio de Janeiro atentaria contra o princípio da moralidade, exigindo-se, assim, a atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, tal como se deu. (STF – MS: 30338 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/03/2011, Data de Publicação: DJe-062 DIVULG. 31/03/2011 PUBLIC. 01/04/2011).

Sendo assim, vige, quanto responsabilidade dos membros do Ministério Publico, o sistema de independência de instâncias, o qual possui amparo constitucional de modo que é desnecessário o trânsito em julgado das ações penais para a propositura das ações civis de perda do cargo.

Importa destacar que o art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993 prevê a necessidade de sentença penal transitada em julgado, não exigindo, contudo, ao contrário do que supõe uma leitura apressada, sentença penal condenatória.

E nem poderia ser diferente em face do sistema de independência relativa ou mitigada vigente no Brasil. Disso, extrai-se que é possível, como anota Hugo

Mazzilli, que a decretação da perda do cargo na ação cível, mesmo que o membro do Ministério Público tenha sido absolvido no processo criminal por fatos irrelevantes para a esfera cível, como o caso de(a) insuficiência de provas;[36] (b) extinção da punibilidade ou (c) extinção por questões processuais[37]. A sentença penal só tem caráter prejudicial à esfera cível: (1) no caso de absolvição por excludente penal (art. 65 do CPP) ou no caso de ser reconhecida a inexistência material do fato (art. 66 do CPP) e; (2) no caso de sentença condenatória que afirmar a ocorrência do crime e sua autoria (art. 63 do CPP e 935 do CC).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERDA DE CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. ILÍCITO PENAL. ART. 316 DO/CÓDIGO PENAL ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO VINCULAÇÃO DA ESFERA PENAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos a possibilidade de decretação de perda de cargo de promotor público, prática de concussão – art. 316 do Código Penal, em caso de absolvição da prática do crime por ausência de provas. [...]. 3. Se a absolvição ocorreu por ausência de provas, a administração não está vinculada à decisão proferida na esfera penal, porquanto a conduta pode ser considerada infração administrativa disciplinar, conforme a interativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a sentença absolutória na esfera criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria no âmbito criminal. Precedentes. 4. Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, "há hipóteses em que os fundamentos da decisão absolutória na instância criminai não obstam a responsabilidade disciplinar na esfera administrativa, porquanto os resíduos podem veicular transgressões disciplinares de natureza grave, que ensejam o afastamento do servidor da função pública" (ARE 664930 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, Acórdão Eletrônico DJe-221 DIVULG 08-11- 2012 PUBLIC 09-11-2012). 5. Demais disso, ao órgão do Ministério Público não é permitido presunção de que seja probo, há de ser peremptoriamente demonstrado que sua conduta é acima de tudo isenta de cometimento de atos ilícitos. 6. Recurso especial improvido (STJ Rsp: 1323123 SP 2012/0096562-3, Rei. Min. Humberto Martins, Julgamento: 07/05/2013, T2 Segunda Turma, DJe 16/05/2013).

O mesmo pode ser dito quando houver prescrição da infração penal, *ex vi*, art. 67, II, do CPP. Nesse sentido, tem-se o julgado de ementa a seguir transcrita do Superior Tribunal de Justiça, que esclarece, inclusive, o fato de que o prazo da prescrição penal a ser aplicado quando de identificação entre infração administrativa e infração penal é aquele da pena em abstrato:

> RELATÓRIO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. PRESCRIÇÃO DA PENA ADMINISTRATIVA. ART. 244, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI

36 Mazzilli, p. 257.

37 TJAL. Processo nº 0002385-41.2010.8.02.0000 – Ação Civil Pública – 29/7/2016.

> COMPLEMENTAR Nº 75/93. PRAZO CONTADO DE ACORDO COM O PRAZO PRESCRICIONAL DO CRIME COMETIDO, PELA PENA EM ABSTRATO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DECLARADA NA AÇÃO PENAL. EFEITOS. ART. 38. § 1º 1. DA LEI 8,625/93. PRÁTICA DE CRIME EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 67. II, DO CPP. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CÍVEL E PENAL EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE NÃO IMPEDE O AJUIZAMENTO DE AÇÃO CÍVEL. EXEGESE DA NORMA QUE DISPÕE SOBRE A PUNIÇÃO DE PROMOTOR PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR A PERDA DO CARGO.[...] 4. A disposição da lei de que a falta administrativa prescreverá no mesmo prazo da lei penal, leva a uma única interpretação possível, qual seja, a de que este prazo será o mesmo da pena em abstrato, pois este, por definição originária, é o prazo próprio prescricional dos crimes em espécie. 5. Na espécie, foi o recorrente condenado (reconheceu-se a prática de um crime), porém em razão de uma causa de extinção da punibilidade, qual seja, a prescrição, retirou-se a possibilidade do Estado punir o recorrente. 6. A condição disposta no art. 38, § 1º, I, da Lei 8.625/93, impõe que o recorrente haja praticado um crime e não que ele haja sido punido por este crime. Consequências diversas estas que. no presente caso, levam a compreender que o recorrente de fato praticou um crime e, portanto, nenhum óbice há que a demissão deste fosse levada a cabo. 7. Os Tribunais vêm reiteradamente afirmando que a decisão na esfera penal não vincula as esferas administrativa e cível, a menos que naquela instância tenha sido taxativamente declarado que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu. Ainda que assim não fosse, a norma do art. 67, II, do CPP deu uma Interpretação mais restritiva ao dispor que a declaração de extinção da punibilidade não impede o ajuizamento da ação civil. 8. Ademais, que não teria sentido criar uma norma, no caso o art.38, § 1º, I, da Lei 8.625/93 que, além de trazer uma restrição para a punição de um promotor, ainda alargaria tal restrição, dispondo que também quando fosse extinta a punibilidade o membro do Ministério Público não poderia perder seu cargo. O conteúdo da norma deve, antes de tudo, atender os interesses da coletividade. 9. Recurso especial improvido. (REsp 379.276/SP, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2006, DJ 26/02/2007, p. 649).

Enfim, a parte final do inciso I do § 1º do art. 38 não vincula a instância cível à criminal e, quando muito, pode provocar a paralisação temporária do processo jurisdicional-disciplinar até o julgamento final da ação penal, sem que o resultado desta passe a ser pressuposto de constituição do processo, condição de procedibilidade ou requisito específico para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo. Entretanto, a suspensão do processo cível pode estender-se para além do prazo de um ano previsto pelo Código de Processo Civil, art. 313, § 4º uma vez que, nesse caso, a Lei nº 8.625/1993 criou uma prejudicialidade externa específica para a ação civil de perda do cargo. A suspensão, todavia, não pode ser excessiva a ponto de negar a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º LXXVIII da CF).

4.2 Exercício da advocacia

Trata-se de sanção decorrente da vedação feita aos membros do Ministério Público de exercício da advocacia prevista nos arts. 44, II, da Lei nº 8.625/1993, e 237, II, da Lei Complementar nº 75/1993 e que se fundamentam no art. 128, § 5º, II, 'b', da Constituição Federal[38].

O objetivo da norma é tutelar o normal desempenho do cargo público, o qual exige que o agente público esteja a serviço exclusivo do Estado, além da moralidade administrativa.

De outro lado, dispõe o art. 1º da Lei nº 8.906/1994 que são atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sendo este o marco legal que define o exercício da advocacia.

Haverá violação a esse dever quando a postulação em juízo pretender a defesa de interesses de particulares ou mesmo de interesses próprios dos membros, pois:

> O exercício da advocacia, ainda que em causa própria, é incompatível com as funções de membro do Ministério Público. Assim, é vedado a Promotor de Justiça apresentar resposta à denúncia contra si oferecida, isso sob pena de nulidade dos atos posteriores (STF, 2ª T., HC n. 76.671/RJ, rel. Min. Nélson Jobim, j. em 09/06/1998, DJ de 10/08/2000, p. 004).

Há, destarte, incompatibilidade entre a advocacia e as funções do membro do Ministério Público, conforme se verifica no art. 28, II, da Lei nº 8.909/1994.

Não caracterizam o exercício da advocacia, contudo, os casos em que é permitido a qualquer cidadão o ajuizamento de ações sem a presença de advogados, como impetração de *Habeas Corpus* ou a maioria das causas do juizado especial uma vez que, nesses casos, a capacidade postulatória é facultativa a qualquer pessoa.

O exercício regular constitucional do direito de petição (art. 5º, XXXIV) aos órgãos da Administração Pública também não caracteriza o exercício da advocacia.

É possível que a postulação seja feita à Administração Pública no interesse de terceiros, desde que não haja habitualidade e desde que o membro não se valha do prestígio, reverência e das facilidades que a função lhe proporciona. Do contrário, ainda que não haja configuração de exercício habitual da advocacia, pode restar caracterizado o crime de advocacia administrativa previsto na legislação penal[39].

4.3 Abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos

O abandono do cargo pressupõe a ausência intencional ao serviço, isto é, a conduta de não mais exercer as funções ministeriais. A Lei Complementar nº

38 Ressalvados os casos previstos no art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Finais e Transitórias que foi regulamentado pela Resolução nº 8/2006 do CNMP.

39 Art. 341 do Código Penal, art. 3º, III, Lei nº 8.137/1990, art. 91 da Lei nº 8.666/91993 e art. 334 do Código Penal Militar.

75/1993, art. 240, considera abandono a ausência do membro do Ministério Público ao exercício de suas funções, sem causa justificada, por mais de trinta dias consecutivos (§ 3º) ou por mais de sessenta dias intercalados, no período de doze meses (§ 4º).

O prazo é contado sem interrupções, ou seja, inclui sábados, domingos e feriados.

Anote-se que, além da pena de perda do cargo, o faltoso pode experimentar, na perspicácia lembrança de Emerson Garcia, o desconto dos dias não trabalhados, obstando a consagração do enriquecimento sem causa[40]. Note-se que essa providência independe de previsão expressa na respectiva Lei Orgânica, resultando da mera aplicação do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa[41].

4.4 Outras hipóteses

A Lei nº 8.625/1993 estabeleceu hipóteses gerais de perda do cargo do membro do Ministério Público dos estados, de modo que as demais leis que regulamentam os outros Ministérios Públicos podem complementar essa regulamentação com a ampliação do rol, desde que respeitadas as regras de competência legislativa prevista na Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 75/1993 prevê alguns casos de demissão que não constam na Lei nº 8.625/1993 como improbidade administrativa, incontinência pública escandalosa, aceitação de cargo ou função pública e reincidência no descumprimento de dever legal, anteriormente punido com a suspensão (art. 240, V).

5. AÇÃO CIVIL DE PERDA DO CARGO

Como registrado antes, a garantia constitucional da vitaliciedade impôs que determinados agentes públicos só podem perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado, de modo que restou criado um caso de jurisdição necessária.

Coube ao art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/1993 dispor acerca do instrumento destinado a esse fim, que previu: "§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica."

A legitimidade ativa da ação é do procurador-geral de Justiça que, entretanto, só pode ajuizar a ação, após a deliberação do Colégio de Procuradores, colhida, segundo o art. 12, inciso X, da Lei nº 8.625/1993, mediante a iniciativa de um quarto de seus membros ou do procurador-geral de Justiça[42].

40 STJ, 5ª T., ROMS nº 12.951/TO, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 23/04/2002, DJU de 10/06/2002, p. 227.

41 Garcia, p. 783.

42 No âmbito do Ministério Público da União, a deliberação é por maioria absoluta e feita pelos respectivos Conselhos Superiores, conforme arts. 57, XX, art. 98, XVIII, art. 131, XVIII e art. 166, XVIII da LC nº 75/1993.

Inicialmente verifica-se que o Colégio dos Procuradores funciona como órgão de prelibação acerca da possibilidade de ser ajuizada a ação civil de perda do cargo. Nele concentra-se um importante mecanismo de defesa do membro do Ministério Público contra supostas perseguições dentro da instituição, ou mesmo, de análise de subsunção dos fatos imputados às hipóteses que autorizam a sanção máxima de perda do cargo.

Destaque-se que a Lei prevê dupla iniciativa para levar o fato ao Colégio, seja por deliberação de um quarto de seus membros, seja via procurador-geral de Justiça.

Os elementos indicativos das hipóteses de perda do cargo podem advir de processo disciplinar ou de qualquer procedimento investigatório, cível ou criminal, bastando, para ser válido, a deliberação prévia do Colegiado para que o PGJ ajuíze a ação civil de perda do cargo[43].

Observe-se que o procedimento investigatório que se destine unicamente à apuração de infração disciplinar punível com a perda do cargo, à semelhança do inquérito civil e do inquérito policial, tem natureza pré-processual inquisitiva, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Em razão disso, como ainda não há o exercício de pretensão condenatória, inexiste uma estrutura processual dialética sob a garantia do contraditório e da ampla defesa. Trata-se de procedimento que busca coletar elementos para a deliberação do Colégio de Procuradores, que, em sendo o caso, leva o PGJ a ajuizar a ação civil[44].

A identidade jurídica com outros procedimentos inquisitivos previstos no ordenamento nacional faz perquirir sobre a aplicação do mesmo regime de nulidades construído pelo direito brasileiro àqueles casos em que não há que se falar em nulidade da ação (penal ou civil pública) embasada em procedimentos que contêm vícios de forma[45]. Em outras palavras: É possível ajuizar a ação civil de perda do cargo sem a deliberação do Colégio ou com vícios nessa deliberação?

Embora a deliberação do Colégio seja feita enquanto etapa administrativa interna, constitui-se em solene ato decisório que serve para subsumir o fato ocorrido à hipótese legal que autoriza a perda do cargo, e ato contínuo, busca produzir efeitos externos. A deliberação é a expressão da vontade de toda a instituição, e não de seus integrantes individualmente. Por isso, no plano administrativo, o Colégio é o órgão máximo para decidir sobre a perda do cargo[46].

---

43 A disposição do art. 242 da Lei Complementar nº 75/1993 parece exigir a necessidade de processo administrativo para apuração da infração disciplinar punível com demissão. Porém, pelas razões a seguir declinadas, tem-se que os elementos de convicção necessários para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo podem advir de outros procedimentos investigatórios.

44 Pedro Roberto Decomain tem a mesma posição. (DECOMAIN, p. 588).

45 "[...] Os princípios do contraditório e da ampla defesa não se aplicam ao inquérito policial, que é mero procedimento administrativo de investigação inquisitorial" (STJ, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 27-5-2003, *DJ*, 4 ago. 2003, p. 327). "[...] II – Os vícios eventualmente existentes no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria. III – Agravo regimental improvido" (STF, 1ª T., AI 687893-AgR/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe, 19 set. 2008).

46 Quer nos parecer que referido ato classifica-se como simples coletivo em que: "As vontades formadoras são *interna corporis* e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico." (CARVALHO FILHO, p. 127).

Como a deliberação materializa a própria decisão da instituição em ajuizar a ação civil de perda do cargo, para ser considerada válida, deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei. A afronta à especificidade que a lei impõe para a exteriorização da vontade administrativa leva à invalidação da decisão por vício de legalidade. De outro lado, a decisão pela perda do cargo, sem a deliberação do Colégio, afeta o próprio conteúdo do ato, eis que decorrente de órgão que não representa toda a Instituição.

Desse modo, embora, em regra, eventuais vícios formais nos procedimentos administrativos pré-processuais sejam irrelevantes para o exercício do direito de ação, nesse caso, a falta ou vício na deliberação pelo Colégio aniquila a legitimidade do ato decisório a ponto de impedir o exercício regular da ação.

A deliberação se constitui em documento indispensável[47] à regularidade da demanda formulada e/ou ao desenvolvimento do processo. Sua ausência ou vício, portanto, autoriza o julgamento sem resolução do mérito a teor do que dispõe o art. 485, IV, do CPC.

Como a deliberação do Colégio expressa a vontade da instituição, deve ser entendida como ato simples e não como mera etapa de um ato complexo, integrado pela decisão do PGJ. O PGJ, nesse caso, age como agente presidente do Colégio, sendo-lhe vedado contrariar a deliberação do colegiado. A deliberação, destarte, é ato vinculante pelo que ao chefe da instituição compete aferir a sua regularidade formal e chancelar tal deliberação.

Além disso, inexiste relação hierárquica entre Colégio de Procuradores e procurador-geral de Justiça. Fosse permitido ao PGJ desprezar a deliberação, sua decisão final seria revisora (ou saneadora) da anterior. Cumpre destacar que o art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/1993, ao prever que a ação civil de perda do cargo é proposta pelo PGJ, fez previsão, tão somente, do legitimado ativo para a demanda.

Caso a deliberação não fosse vinculante, o ajuizamento da ação civil de perda do cargo poderia ser feito por decisão unipessoal do PGJ, sem a existência e formalização escorreita do ato solene previsto na Lei nº 8.625/1993, o que eliminaria a tese de que a deliberação é documento indispensável à regularidade da demanda formulada e/ou ao desenvolvimento do processo.

Mas o que fazer se o Colégio deliberar pelo ajuizamento ou não de uma ação civil de perda do cargo em situação teratológica?

Nesse caso, a deliberação poderá ser analisada pelo Conselho Nacional do Ministério Público a quem cabe, no exercício do poder de controle constitucional da atuação administrativa dos Ministérios Públicos (art. l30-A, § 2º, II, da CF):

> [...] 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-

47 Art. 320 do CPC.

> los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

O CNMP, por força constitucional, ao rever a deliberação, pode suprir eventual omissão do Colegiado local ou, reexaminando-a, pode determinar que o PGJ/PGR ajuíze a ação civil de perda do cargo de membro do Ministério Público ou pode, ao revés, verificando erro procedimental do Colégio, deliberar pelo não ajuizamento. Nesse sentido, são os precedentes Processo CNMP nº 070/2008-23, Rel. Raimundo Nonato de Carvalho Filho, julgado em 25/5/2009, Processo nº 979/2008-81, Rel. Taís Schilling Ferraz, Processo Disciplinar Avocado nº 1207/2012-43, Rel. Adilson Gurgel Castro, j. 30/7/2013, Procedimento Avocado nº 01690/2013-47, Rel. Cláudio Henrique Portela do Rego, j. 24/3/2015.

Observe-se que, nesse caso, não há prejuízo para a defesa do membro do Ministério Público, uma vez que o Conselho Nacional do Ministério Público exerce o mesmo juízo de prelibação do fato com o propósito de evitar eventuais perseguições.

Questão tormentosa é a suspeição ou impedimento de membros do Colégio que eventualmente tenham participado do PAD anterior ou daqueles que tiveram a iniciativa (¼) para que o colegiado deliberasse e o PGJ/PGR ajuizasse a ação civil de perda do cargo.

A Lei nº 8.625/1993 não elenca os casos de suspeição e impedimento dos membros do Ministério Público em atuações extrajudiciais, pelo fato de essas causas de afastamento do agente público estarem previstas nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos no Código de Processo Penal, no Código de Processo Civil, na Lei nº 9.784/1999 e na Lei nº 8.112/1990[48].

As Leis Federais acima não contemplam hipóteses diretas de suspeição e impedimento para esses casos, de modo que o emprego da analogia afigura-se demasiadamente incerto, principalmente se considerarmos a presunção de legitimidade e boa-fé ínsita aos agentes públicos em geral.

Observe-se que os membros do Colégio de Procuradores que, eventualmente, tenham atuado como membros do Processo Administrativo anterior emitem mero relatório, historiando e resumindo o processo, além de propor um resultado para o feito. Trata-se de um relatório conclusivo, porém de conteúdo opinativo, que não vincula a autoridade julgadora.

Do mesmo modo, os membros do Colégio que deram iniciativa à deliberação do colegiado para análise de caso que, em tese, é de perda do cargo, o fazem em caráter de simples manifestação de conhecimento que não produz efeitos jurídicos imediatos.

Em ambas situações, não se vislumbra risco direto à imparcialidade do Colégio para manter em sua composição os membros que tenham antes, eventualmente, participado da comissão do processo administrativo ou deflagrado a deliberação pela perda do cargo.

48 Algumas Leis Orgânicas invocam os Estatutos dos Servidores Públicos do Estado também.

Além disso, ressalta-se que, embora recomendável[49], o processo administrativo disciplinar brasileiro não adotou o sistema acusatório puro de modo que inexiste exigência de separação de fases processuais. Nada impede que os Ministérios Públicos Estaduais, no exercício de suas competências e autonomia administrativa, instituam órgãos com as funções de acusar, instruir e decidir, separadamente, como já ocorre em São Paulo[50] e Rio Grande do Sul[51], além da LOMPU[52], por exemplo.

Insta destacar que, em regra, inexiste segredo de justiça nessas ações, diante do disposto no art. 93, IX e X, da Carta Magna, conforme decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.638:

> Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o constituinte derivado modificou o artigo 93 da Carta Federal, assegurando, nos incisos IX e X, a observância do princípio da publicidade no exercício da atividade judiciária, inclusive nos processos disciplinares instaurados contra juízes. Os preceitos são expressos:
>
> IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar 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;
>
> Os dispositivos estão em plena consonância com os ditames democrático e republicano, bem assim com o artigo 37 da Lei Maior, segundo o qual a Administração Pública – gênero – está submetida aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Impõe-se, portanto, o acesso a informações passíveis de serem enquadradas como públicas e iniludivelmente o são as alusivas à atuação dos magistrados, aos eventuais desvios e às sanções disciplinares aplicadas. A publicidade, como bem enfatizou o eminente Decano, Ministro Celso de Mello, na decisão monocrática proferida na Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 24.725, atua como fator de legitimação dos atos estatais, pressupõe o acompanhamento pela sociedade de tudo que esteja no âmbito da denominada coisa pública. Esta pertence a todos, não se podendo invocar a intimidade, ou seja, a guarda de sigilo quanto a elementos que a compõem.
>
> A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não impede a realização de sessões reservadas para garantir o direito à intimidade, consoante prevê o próprio artigo 93, inciso IX, da Carta Federal. O constituinte derivado, no entanto, exige fundamentação específica para a decretação de sigilo no processo

49 Neste sentido exorta Mazzilli p. 465.

50 Art. 42, VI, da LOEMPSP, com a redação dada pela LC estadual nº 1.147/2011.

51 Art. 168 da LOEMPRS.

52 Art. 259, parágrafo único.

> disciplinar, porque a transparência é a tônica da atividade pública. A lei a que remete o dispositivo deve ser editada a fim de se restringir, em determinados atos, a presença às próprias partes e respectivos advogados, não sendo necessária para assegurar a observância do princípio da publicidade, sob pena de inverter os valores protegidos, já que a regra – a publicidade – passaria a ser exceção.
>
> Não se cuida de caça às bruxas, quando, então, ficaria inaugurada verdadeira época de descontrole social, de terror. A quadra é reveladora de um novo senso de cidadania, transparecendo o interesse geral em dominar, sob o ângulo do conhecimento, tudo o que se implemente na seara administrativa, presentes atos omissivos e comissivos. Ante o novo contexto, a Resolução do Conselho Nacional de' Justiça, ao prever a publicidade das sanções disciplinares e da sessão de julgamento, não extrapola os limites normativos nem ofende garantia da magistratura, pois, a rigor, tais normas decorrem diretamente do texto constitucional, sobretudo depois dá edição da Emenda de reforma do Poder Judiciário.(ADI 4638 MC-Ref, Rei. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2012, DJe-213 divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014).

Uma vez proposta a ação civil de perda do cargo, devem ser observadas as regras processuais do Código de Processo Civil, tais como o rito ordinário, incidentes processuais, regime de provas, sentença etc.

6. INATIVIDADE DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NA AÇÃO CIVIL DE PERDA DO CARGO E A CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA

O agente do Ministério Público que realiza fato punível com a perda do cargo, mas que tenha se aposentado, pode ter sua aposentadoria cassada porque, além das causas legais de perda do cargo ou cassação de aposentadoria serem as mesmas, somente deve permanecer aposentado quem exerceu sua função pública nos termos da legislação, não consistindo a aposentadoria em um saneamento geral de todas as irregularidades cometidas[53]. Além disso, como destaca Emerson Garcia, a aposentadoria nada mais é do que a continuidade do vínculo existente entre membro e Administração de modo que a identificação de ilícito anterior à aposentação tem como consectário lógico a cassação desta[54].

A cassação de aposentadoria é consequência invencível da prática de ato punido com demissão durante a ativa e tem por substrato os princípios da responsabilidade

53 Nessa linha ressaltou o Min. Benedito Gonçalves na relatoria do MS 17.535/DF: "7. Direito adquirido à aposentação. O ordenamento jurídico, com o fim de não acobertar condutas ilícitas praticadas enquanto o servidor se encontrar na atividade, previu a aplicação da penalidade de cassação da aposentadoria aos casos onde a falta for punível com a pena de demissão, consoante o disposto nos arts. 132 e 134 da Lei nº 8.112/90". (julgado em 10/09/2014, DJe 15/09/2014).

54 Garcia, p. 657.

e de predominância do interesse público, razão pela qual pode ser aplicada mesmo diante da falta de previsão legal expressa[55].

Anote-se que os Tribunais Superiores reconhecem a constitucionalidade da cassação da aposentadoria, mesmo após adotado o regime previdenciário de caráter contributivo,[56] sem que se possa falar em violação ao ato jurídico perfeito[57] e ainda que o ato ilícito tenha sido praticado depois que o agente tenha reunido os pressupostos para aposentar-se[58].

A cassação da aposentadoria deve ser aplicada por meio de sentença judicial transitada em julgado, porém não necessita da deliberação prévia do Colégio de Procuradores. De outro lado, como consequência do sistema infracional disciplinar encontra-se dentro da competência do CNMP, pelo que pode ser por ele proposta[59].

Observe-se que não há óbice para a decretação de cassação de aposentadoria, ainda que o pedido inicial da ação civil tenha sido de perda do cargo em face do que dispõe os arts. 322, § 2º e 493 do CPC.

7. CONCLUSÃO

55 Neste sentido já decidiu o STJ: "[...] 4. A ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa. 5. Trata-se de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade. 6. Agravo Regimental não provido." (AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rei. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016).

56 "Quanto à constitucionalidade da cassação de aposentadoria, este Tribunal confirma reiteradamente a aplicabilidade dessa forma de punição, não obstante o caráter contributivo de que se reveste este benefício previdenciário: ''I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (Lei nº 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indiciação e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal" (MS nº 23.299, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12.04.2002).

57 "O ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na atividade e, portanto, anteriormente à sua concessão, de falta punível com demissão" (STF, MS 22.726, Moreira Alves, DJ de 13-11-98)" Também o STJ: "1. Desde que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. [...]" (MS 19.572/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 17/12/2013).

58 [...] 1."Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade, se ficar provado, em processo regular, que o funcionário praticou, quando em atividade, qualquer dos atos para os quais cominada neste Estatuto a pena de demissão, ou demissão a bem do serviço público." (art. 245 da Lei nº 23266, Estatuto dos Servidores Públicos da Bahia). 2. Irrelevante o fato do servidor já haver realizado os requisitos para concessão da aposentadoria anteriormente à prática das faltas se, ao cometê-las, ainda se encontrava em atividade. [...] 6. Recurso improvido. (RMS 15.047/BA, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 23/3/2004, DJ de 09/2/2005). No mesmo sentido há precedente do e. Supremo Tribunal Federal: "[...] 2. O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente [MS n. 21.948, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, DJ 07.12.95]". (MS-AgR 23.219, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19/8/05).

59 Nesse sentido: Processo 0.00.000.000939/2007-59, Rel. Nicolao Dino Neto, Processo CNMP nº 000075/2008-56, Rel. Maria Ester Henrique Tavares, 27/10/2010, Processo Administrativo Disciplinar nº 1408/2013-12, Rel. Alessandro Tramujas Assad, 02/12/2013, Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00077/2015-82, Rel. Walter de Agra Júnior, Processo Administrativo Disciplinar nº 1.00372/2015-10, Rel. Orlando Rochadel Moreira.

O presente artigo buscou traçar as principais características da sanção de perda do cargo dos membros do Ministério Público condicionada à sentença judicial transitada em julgado, em face da garantia da vitaliciedade.

O tema tem tratamento oscilante na jurisprudência dos Tribunais Superiores e nos ramos do Ministério Público, razão pela qual a depuração do instituto é medida imperiosa. De um lado, para assegurar tranquilidade aos bons membros do Ministério Público acerca dos mecanismos de proteção decorrentes da vitaliciedade constitucional que gozam no exercício do cargo. De outro lado, para assegurar a compreensão de que a correta aplicação da perda do cargo busca garantir à sociedade que permanecerão na instituição os agentes ministeriais que possuem a mais alta retidão de caráter, honestidade e moralidade.

A legitimidade institucional do Ministério Público, para além da conformação jurídica vigente, supõe a percepção generalizada dos cidadãos de que suas ações ocorrem de acordo com os princípios republicanos, da impessoalidade e da igualdade, práticas que podem resultar no aumento do grau de sua legitimidade e, consequentemente, na competitividade e sobrevivência da organização.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre, Henry. *Regime Jurídico da magistratura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES FILHO, Adolfo. A ação civil para decretação da perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público não depende, para sua propositura, de decisão judicial condenatória transitada em julgado. Inteligência do artigo 134 da Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003. *Revista do Ministério Público,* Rio de Janeiro, n. 44, p. 3-9, abr./jun. 2012.

BUSATO, Paulo. *Direito Penal* – parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica do Ministério Público*: Lei nº 8.625/93. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim et al. *A Lei de improbidade administrativa como instrumento para a perda da função pública e o equívoco do fracionamento da competência*. Disponível em: <http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-30.doc>. Acesso em: 19 jan. 2017.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. Organização, atribuições e regime jurídico. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público:* organização, representação e trajetórias. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NALINI, José Renato. O Poder Judiciário na Constituição de 88. In: MARTINS, Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA JURÍDICA CORREGEDORIA NACIONAL: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, Brasília, v. I, CNMP, 2016.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Ministério Público*: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

PROIBIÇÃO DE EXERCER O COMÉRCIO OU PARTICIPAR DE SOCIEDADE COMERCIAL PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: APONTAMENTOS SOBRE O SEU ALCANCE

[Prohibition of Public Prosecutor's Office members in conducting commercial activities or join a commercial company: notes on its scope]

Filipe Albernaz Pires[1]

Ricardo Rangel de Andrade[2]

Resumo: O artigo objetiva examinar o alcance da proibição constitucional e legal imposta ao membro do Ministério Público de exercer o comércio e participar de sociedade comercial, salvo na condição de cotista ou acionista, tendo em conta, sobretudo, a teoria da empresa adotada pelo Novo Código Civil. A metodologia adotada consistiu em análise documental e revisão bibliográfica. A escassa produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema justifica o interesse no presente trabalho.

Palavras-chave: Ministério Público. Vedação do exercício do comércio. Sociedade comercial. Atividade empresarial. Independência funcional. Imparcialidade. Licença para fins particulares. Sociedade cooperativa.

Abstract: The aim of this article is to examine the scope of the constitutional and legal prohibition imposed on the Members of Public Prosecutor's Office to trade or participate in a commercial company, except as a shareholder or quotaholder, taking into account, above all, the business theory adopted by the New Civil Code. The methodology adopted consisted in documentary analysis and bibliographic review. The scarce doctrinal and jurisprudential production regarding this subject, justify the interest in the present work.

Keywords: Public ministry. Fencing of the trade exercise. Commercial society. Business activity. Functional independence. Impartiality. License for private purposes. Cooperative society.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da natureza, sentido e alcance da vedação constitucional relativa ao exercício de comércio e à participação em sociedade comercial pelo membro do Ministério Público. 2.1. Da terminologia *comércio* e *sociedade comercial* empregada, para fins de vedação 2.2. Do exercício do comércio. 2.3. Da participação em sociedade comercial. 3. Do exercício do comércio ou participação em gerência ou administração de sociedade comercial pelo membro do Ministério Público que se encontra em gozo de licença para fins particulares. 4. Da participação

1 Procurador da República. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

2 Promotor de Justiça em Goiás. Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

de membro do Ministério Público em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros. 5. Considerações finais. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

É vedado ao membro do Ministério Público exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista[3]. O termo *ou* indica inclusão. São duas, portanto, as proibições: (i) *exercer o comércio;* e (ii) *participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista*. Eventual inobservância da vedação torna o membro do Ministério Público passível de sanção disciplinar.

Não obstante, temo-nos nos deparado, no exercício das atribuições como membros auxiliares da Corregedoria Nacional, com situações que aparentemente desafiam a incidência da vedação, sobretudo em razão da árida seara do Direito Comercial/Empresarial, cujos fundamentos teóricos conformam os limites da aventada proibição imposta aos membros do Ministério Público.

Nessa perspectiva, nossa intenção é suscitar e explorar alguns aspectos da vedação, que possam caracterizar a sua inobservância, mediante apontamentos de caráter muito mais reflexivo do que unívoco. Desse modo, não se pretendem firmar posicionamentos definitivos, mas, sim, provocar vindouros estudos sobre o assunto.

Assim, cuidaremos primeiro, em linhas gerais, da natureza, sentido e alcance da vedação constitucional relativa ao exercício do comércio e à participação em sociedade comercial pelo membro do Ministério Público. Em seguida, debruçaremo-nos sobre (i) o exercício do comércio ou participação em gerência ou administração de sociedade comercial pelo membro do Ministério Público que se encontra em gozo de licença para fins particulares; e (ii) a sua participação em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros. Ao final, teceremos algumas considerações conclusivas sobre as questões abordadas.

2. DA NATUREZA, SENTIDO E ALCANCE DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL RELATIVA AO EXERCÍCIO DE COMÉRCIO E À PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE COMERCIAL PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1. Da terminologia *comércio* e *sociedade comercial* empregada para fins de vedação

A Constituição da República, a maioria das leis orgânicas do Ministério Público dos estados, as leis orgânicas nacional e do Ministério Público da União[4], ao

3 Art. 128, inciso II, alínea "c", da Constituição da República; art. 237, inciso III, da LC nº 73/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e art. 44, inciso III, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

4 A título de exemplificação: artigo 170, inciso III, da LC n. 734/1993 do MP/SP; artigo 156, inciso III, da LC n. 85/1999 do MP/PR; artigo 158, inciso III, da LC n. 197/2000 do MP/SC; artigo 157, inciso III, da LC n. 141/1996 do MP/RN; artigo 118, inciso III, da LC n. 95/97 do MP/ES; artigo 60, inciso IV, da LC n. 003/1994 do MP/RR; artigo 92, inciso III, da LC n. 25/98 do MP/GO; artigo 111, inciso III, da LC n. 34/1994 do MP/MG; artigo 52, inciso II, alínea "c", da LC n. 02/90 do MP/SE; artigo 146, III, da LC n. 11/1996 do MP/BA.

discorrerem sobre a vedação sob análise, empregam nas suas respectivas redações os termos *exercício do comércio* e *participação em sociedade comercial*, os quais pressupõem a figura do *comerciante*.

Ora, como cediço, aludidos diplomas normativos vieram à tona ainda na vigência do Código Comercial de 1850, o qual havia adotado, ainda que implicitamente, a *teoria dos atos de comércio*, instituída originariamente pelo *Code de Commerce* em 1808, também denominado como Código Mercantil napoleônico.

Contudo, caracterizar os atos de comércio sempre foi uma tarefa árdua e tormentosa, conquanto nunca faltaram critérios (*v.g., intuito de lucro, profissionalismo)* com o propósito de determinar suas qualidades inerentes e, consequentemente, distingui-los dos atos civis. A propósito, esclarece Fábio Ulhoa Coelho[5]:

> O próprio Código não menciona a expressão "atos de comércio" e tampouco os enumera. Na tramitação do projeto pelo Senado, apresentou-se emenda para introduzir no texto o elenco dos atos mercantis, à semelhança do existente no diploma napoleônico, mas a iniciativa não prosperou, em razão da imprecisão da teoria, cujos efeitos na doutrina e jurisprudência já eram conhecidos e temidos (cf. Requião, 1971: 38; Bulgarelli, 1977: 67). Contudo, a despeito dessa proposital inexplicitação, todos os dispositivos do Código são acentuadamente marcados pela teoria dos atos de comércio. E, de qualquer modo, a legislação brasileira não teve como fugir do elenco normativo desses atos, editando-se, ainda em 1850, o Regulamento n. 737, diploma processual de qualidade técnica destacada, em cujo art. 19 definem-se as atividades sujeitas à jurisdição dos Tribunais do Comércio.

Em face das limitações da *teoria dos atos de comércio*, o ordenamento jurídico brasileiro passou a se aproximar progressivamente do sistema italiano, caracterizado pela adoção da *teoria da empresa*, a qual restou definitivamente incorporada ao direito privado pátrio com o advento do Novo Código Civil (NCC)[6].

De fato, nesse contexto, o conceito de *ato de comércio* foi substituído pelo de *empresa*. Como explica Miguel Reale – supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o NCC –, na exposição de motivos do NCC, a atividade negocial é ordenada e estruturada para o "exercício habitual de negócios" e "uma das formas dessa organização é representada pela empresa, quando tem por escopo a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Esclarece o jurista que

5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 41-42.

6 A propósito, vale mencionar os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho: "Mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil, pode-se afirmar que o direito brasileiro já vinha adotando fundamentalmente a teoria da empresa. A evolução do nosso direito não ficou dependendo da reforma da codificação. Apesar da vigência de um Código Comercial ainda inspirado na teoria dos atos de comércio, a doutrina, jurisprudência e a própria legislação esparsa cuidaram de ajustar o direito comercial, para que pudesse cumprir sua função de solucionar conflitos de interesses entre os empresários por critérios mais adequados à realidade econômica do último quarto do século XX. Isto se pode afirmar não apenas em razão da doutrina e jurisprudência – ou mesmo de decisões de juízes de primeiro grau afinadas com as modernas concepções de disciplina privada da economia, de que era significativo exemplo a concessão de concordata preventiva aos pecuaristas em Minas Gerais –, mas sobretudo em função da própria legislação editada a partir dos anos 1990". (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1. p. 44).

> [...] na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade [...] empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são "os titulares da empresa".

Com isso, o *comércio* passou a ser revelado não mais pela natureza da atividade exercida, pouco importando qual seja ela. Dispensável saber se alguma norma legal ou regulamentar a define como de natureza comercial e/ou empresarial. Doravante, qualquer atividade pode ser tida e é capaz de indicar o *exercício do comércio* – e, por conseguinte, proibida aos membros do Ministério Público –, a depender da *forma* como explorada.

Dessa maneira, em vista desse novo marco teórico, as expressões *exercício do comércio* e *participação em sociedade comercial* devem ser lidas em conformidade com a *teoria da empresa*, de sorte que passam a ser compreendidas, respectivamente, como *exercício de atividade empresarial* e *participação em sociedade empresária*[7].

Aliás, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 106, de 3 de janeiro de 2003), posterior ao advento do NCC, já adotou terminologia consonante com a *teoria da empresa*, conforme se extrai de seu art. 119:

> Art. 119. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações:
>
> [...]
>
> III - exercer atividade empresarial ou participar de sociedades empresárias, exceto como quotista ou acionista;

Não obstante, as leis orgânicas do Ministério Público de alguns estados, supervenientes à vigência do NCC[8], continuaram a empregar os termos *exercício do comércio* e *participação em sociedade comercial*, o que apenas indica que esses respectivos legisladores estaduais não se atentaram para a mudança de paradigma levada a cabo no âmbito do direito privado brasileiro, como, ao contrário e com acerto, procedeu o legislador fluminense.

Em todo caso, feito o registro, ao nosso sentir, quaisquer que sejam os termos usados pelo legislador (exercer o *comércio* ou *atividade empresarial*, participar de

7 Inclusive, como bem lembrado por Hugo Nigro Mazzilli, ao citar o teor do voto da conselheira Cláudia Chagas do CNMP, no Processo Disciplinar Administrativo nº 0.00.000.000406/2012-34, "o Código Civil de 2002 introduziu no Direito brasileiro o conceito legal de empresário e revogou a primeira parte do Código Comercial (arts. 1º a 456), que tratava, dentre outros assuntos, do tema geral do comércio. Assim, substituiu-se o termo comerciante e sociedade comercial, tão usualmente empregado nas últimas gerações de formandos nas universidades brasileiras, por empresário e sociedade empresária" (Regime Jurídico do Ministério Público. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 287).

8 Por exemplo: LC nº 57/2006 do MP/PA (art. 155, inciso V), LC nº 416/2011 do MP/MT (art. 135, inciso III), LC nº 51/2008 do MP/TO (art. 121, inciso III) LC nº 291/2014 do MP/AC (art. 102, inciso III), da LC nº 72/2008 do MP/CE (art. 213, inciso III).

sociedade comercial ou de *sociedade empresária*), as premissas que constituem a natureza da vedação permanecem válidas, para fins de sua incidência. Não há prejuízo à compreensão do seu significado, nem à apreensão de suas bases conceituais, conforme restará demonstrado.

2.2. Do exercício do comércio

Como ressaltado no tópico anterior, o *exercício do comércio* deve ser entendido, após o advento do Novo Código Civil, como *exercício da atividade empresarial*. Com isso, forçoso reconhecer que é vedado ao membro do Ministério Público exercer atividade empresarial nos termos dispostos no art. 966 do NCC: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

Nota-se, portanto, que a exploração de qualquer *atividade econômica organizada*, *profissionalmente*, *para a produção ou a circulação de bens ou de serviços* caracteriza o *exercício do comércio*, é dizer, da *atividade empresarial*. Tem-se, com isso, a materialização da figura do *empresário*, que não somente encerra o que se compreende por *comerciante*, como também lhe dá uma conformação mais ampla, para fins legais. De acordo com Fran Martins, em obra atualizada por Carlos Henrique Brandão:

> [...] vê-se que o campo de ação do comerciante foi ampliado com o conceito de empresário, pois se no Direito tradicional o comerciante era um simples 'intermediário', no novo Direito as atividades da empresa podem ser também de 'produção'[9].

Para melhor compreensão de cada um dos elementos normativos caracterizados da atividade empresarial, vale mencionar as esclarecedoras observações sobre o tema realizadas por Leonardo Garcia Barbosa em artigo intitulado *Conceito e função econômica da empresa*[10]:

> A definição de empresário implica considerar os requisitos previstos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para caracterização do empresário, assim considerado aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. A doutrina tradicional considera que o exercício profissional da atividade econômica significa o seu exercício habitual, em nome próprio e mediante assunção dos riscos do negócio, no mercado e com adequado conhecimento. A definição do Código Civil abrangeria a totalidade das atividades de produção ou circulação de bens e de prestação de serviços se não fosse feita uma exceção, que afasta do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se

9 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 67.

10 *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 202, p. 257-258, abr./jun. 2014.

o exercício da profissão constituir elemento de empresa. O Código Civil permite o afastamento do regime empresarial de atividades de profissionais liberais, como arquitetos, engenheiros, médicos etc., que não desejam obter o registro como empresário, seguir uma escrituração e se submeter à falência.

Vejamos cada um dos elementos que compõem o conceito de empresário individual, de acordo com o que está descrito no Código Civil. O primeiro elemento é a palavra "quem", correspondente, a nosso ver, a uma pessoa. E o empresário quem dirige, em nome próprio, uma atividade econômica. É ele que assume os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade econômica. A direção em nome próprio caracteriza a assunção, de forma pessoal pelo empresário individual perante terceiros, da responsabilidade pelas obrigações decorrentes dos riscos do empreendimento. O segundo elemento é que o verbo "exerce" nos induz a pensar em atividade econômica. Na verdade, é importante destacar que o empresário "dirige" a atividade econômica. É uma atividade, portanto, diretiva-organizativa. O empresário individual não produz ou circula bens ou presta serviços de forma pessoal, mas utiliza o trabalho de terceiros33. Assim, o empresário deve contratar os empregados que produzem ou circulam bens ou prestam serviços em nome do empresário individual.

O terceiro elemento é a palavra "profissionalmente". De acordo com esse requisito, a detenção de informações detalhadas sobre os bens e serviços que são por ele oferecidos no mercado é obrigação do empresário individual. A nosso ver, não é necessário que um empresário individual detenha informações detalhadas sobre o objeto de exploração da atividade econômica. Um empresário individual pode abrir uma panificadora e não entender do negócio. É necessário, contudo, que ele exerça atividade diretivo-organizativa. Assim, é suficiente que ele contrate empregados que tenham o perfil profissional necessário para produzir adequadamente os produtos de panificação. O quarto elemento é a palavra "atividade". A atividade é a prática reiterada de atos tendentes ao mesmo escopo, aproximando-se o conceito de atividade do conceito tradicional do Direito Comercial de habitualidade. O requisito da habitualidade afasta o conceito de empresário individual daqueles que dirigem uma atividade econômica de forma isolada e esporádica. O quinto elemento é a palavra "econômica". A economicidade da atividade diretiva do empresário significa que ele dirige a atividade com finalidade lucrativa, não abrangendo atividades que são meios para fins não econômicos, com uma escola sem fins lucrativos. O sexto elemento é a palavra "organização". O elemento organizado é a reunião dos fatores de produção exercida pelo empresário. Compete a ele articular capital, trabalho, insumos e tecnologia. Com base no critério da organização, faz-se a distinção entre o trabalhador autônomo, para o qual prevalece o trabalho pessoal como núcleo da atividade produtiva, e o empresário,

> que atua principalmente como dirigente da atividade empresarial. A característica da organização se aplica, de forma mais acentuada, às sociedades empresárias de maior porte, não se verificando esse elemento em relação aos pequenos negócios. O sétimo elemento não parece expressamente, mas está implícito no conceito de empresário: é o relacionamento do empresário com demandantes do produto ou serviço no mercado. O empresário individual dirige a produção ou a circulação dos bens e a prestação dos serviços para a oferta no mercado, ou seja, ele não produz para suprir suas necessidades. Podemos dizer, assim, que o empresário é a pessoa que dirige e organiza as atividades econômicas de produção de bens, circulação de mercadorias e prestação de serviços, exercidas pelos trabalhadores em seu nome.

Em suma, o membro do Ministério Público incorrerá na vedação do *exercício do comércio* se dirigir em nome próprio uma atividade econômica, assumindo os riscos do negócio, auferindo lucros ou sofrendo prejuízos decorrentes da atividade, por meio da articulação habitual de capital, trabalho, insumo e tecnologia.

Por fim, não se pode olvidar que o parágrafo único do art. 966 do NCC dispõe que "não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.".

Nota-se, portanto, que algumas atividades, ainda que lucrativas e pautadas pelo auxílio/colaboração de terceiros, não foram consideradas empresariais pelo legislador, desde que observada a ressalva legal[11]. À vista desta exceção, indaga-se: o membro do Ministério Público poderia exercer determinada profissão intelectual de natureza científica, artística ou literária (dentista, médico, engenheiro, músico, artista plástico, escritor etc.) cumulativamente ao exercício de suas funções públicas?

Se adotada uma interpretação literal da Constituição Federal, a resposta seria afirmativa, visto que, além de não constituir exercício de atividade empresarial, inexistiria óbice constitucional ao exercício de uma outra função em âmbito privado (CF, art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d"), observada sempre a ausência de prejuízo ao regular desempenho das atividades ministeriais.

Sobre o alcance do disposto no art. 128, § 5º, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal, Emerson Garcia, ao comentar dispositivos da Lei nº 8.625/1993 com teor semelhante, observa que

> [o]s incisos II e IV do art. 44 vedam aos membros do Ministério Público o exercício da advocacia e de outra função pública, salvo uma de magistério, tratando-se de vedações visivelmente menos amplas do que a destinada aos magistrados pelo art. 95, parágrafo único, I, da Constituição da República,

11 Para não constituir elemento da empresa, exige-se a pessoalidade no exercício da profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Desse modo, o conhecimento prático, o *know how* ("*saber como*"), de realização de tais atividades pelo membro do Ministério Público não deve pertencer ou integrar os atributos da empresa, como se dela fizessem parte indistintamente.

> o qual, ressalvado uma de magistério, veda o exercício de qualquer outra função, pública ou privada[12] [13].

Todavia, a questão é controversa, pois, em sentido contrário, Hugo Nigro Mazzilli sustenta que "[s]e a Constituição veda o exercício de qualquer outra função pública, com mais razão o vedará quando se tratar de atividade particular (como a direção de sociedades, entidades de ensino, empresas, cooperativas, entidades desportivas etc.)".

De todo modo, a nosso sentir, inexistindo regra proibitiva expressa do exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística por membro do Ministério Público, nos termos do parágrafo único do art. 966 do NCC – diversamente do que ocorre no regime da magistratura –, poderá o membro do *Parquet*, ao menos em princípio, desempenhar referidas atividades, desde que não haja nenhum prejuízo ou comprometimento ao exercício das atribuições ministeriais.

Por outro lado, admitida a possibilidade de o membro exercer indigitadas atividades, afigura-se recomendável a sua regulamentação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, sobretudo para assegurar que as Corregedorias-Gerais possam verificar, em cada caso, a ocorrência de eventual prejuízo à atuação funcional, em moldes similares à fiscalização do exercício do magistério.

2.3. Da participação em sociedade comercial

Proibido de exercer atividade empresarial – ou o comércio, como queiram -, permite-se ao membro do Ministério Público ser cotista ou acionista de *sociedade comercial*, é dizer, *sociedade empresária,* assim considerada no Novo Código Civil:

> Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.
>
> Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

O membro do Ministério Público, então, pode contribuir para o capital de uma ou mais empresas com quota(s), por meio de bens, dinheiro e valores, sendo-lhe vedado, no entanto, toda e qualquer forma de direção e/ou gerência de sociedade da qual participe.

---

12 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 755.

13 Comunga deste mesmo entendimento, o então Conselheiro do CNJ e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, o qual, em artigo intitulado *Direito Administrativo Judiciário: magistratura e princípio da dedicação exclusiva*, observou que "Não resta qualquer dúvida sobre a intenção do legislador constituinte em manter a adoção da regra estabelecida pela EC nº 7/77, sobre a vedação de cargos ou funções públicas e privadas, pois quando quis relativizar a vedação, o fez expressamente, como podemos verificar no art. 128, parágrafo único, inciso II, d, em que vedou aos membros do Ministério Público 'exercer, ainda em que disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério'". Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-direito-administrativo-judiciario-magistratura-e-principio-da-dedicacao-exclusiva>.

A propósito, na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Complementar nº 6.536/1973), houve o acréscimo pela Lei nº 11.722/2002 da vedação, nela constando expressamente essa especificidade - *sem poderes de gerência:*

> Art. 4ºA - Aos membros do Ministério Público é vedado:
>
> [...]
>
> III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista, sem poderes de gerência, ou acionista;

Consoante se discorrerá no tópico seguinte, as vedações – assim como as prerrogativas – somente foram instituídas para preservar a independência funcional e a imparcialidade do membro do Ministério Público. Portanto, as vedações e prerrogativas devem ser delimitadas para que não se tornem excessivamente restritivas ou privilégios, respectivamente.

Nesse caso, proibir o membro do *Parquet* de participar em sociedade empresária na estrita condição de cotista ou acionista, isto é, sem qualquer poder de gerência/administração, constituiria vedação excessiva, desvinculada à teleologia da norma constitucional, que visa a manter afastado o membro de zonas de conflito de interesses; ou seja, a excepcionalidade prevista na vedação pressupõe que não ocorre o aludido conflito quando o membro do Ministério Público compõe a sociedade como acionista ou cotista.

Por outro lado, a autorização para integrar sociedade empresária na referida condição garante ao membro a legítima condição de investidor, necessária à preservação e/ou incremento de seu patrimônio, estritamente por meio da distribuição de lucros, sob pena de configurar eventual abuso. Com isso, não se lhe permite imiscuir em searas potencialmente conflituosas que venham a influir indevidamente na formação de seu convencimento, afetando sua imparcialidade.

Do mesmo modo, a proibição de o membro do Ministério Público administrar/gerir/dirigir sociedades empresárias se aplica tanto às sociedades personificadas, que adquirem personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (NCC, art. 985), como às não personificadas, sem registro (*v.g.*, sociedade comum, também denominada de irregular ou de fato).

Ademais, a mesma habitualidade exigida no exercício da atividade empresarial também aqui se mostra imprescindível para configurar a gerência ou a administração de sociedade comercial vedada. Esse é, inclusive, o entendimento da Controladoria-Geral da União – atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União[14] -, diante de vedação semelhante prevista no art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/1990, que proíbe os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais de *participar de gerência ou administração*

14 Continuaremos, entretanto, tratando-o como CGU, não somente para simplificar, mas também porque seu reconhecimento na sociedade e principalmente das suas atribuições se dá por meio dessa sigla.

de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário[15].

Com efeito, o corregedor-geral da CGU editou o Enunciado CGU nº 09, de 30 de outubro de 2015 (Publicado no DOU de 16/11/2015, Seção I, página 42), que trata de ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA - ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA, *verbis*:

> Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e **de forma reiterada** como gerente ou administrador de sociedade privada (ênfase acrescida).

Na exposição de motivos do referido Enunciado CGU nº 09/2015, Marcelo Pontes Vianna assim se manifestou sobre a indispensável prova de habitualidade para configurar a inobservância à vedação:

> 23. Entretanto, insere-se aqui importante contribuição prestada pela Corregedoria Seccional da Secretaria da Receita Federal. Como bem asseverou aquela unidade, o novo Código Civil adotou a Teoria da Empresa, deixando de definir os atos de comércio e comerciante. O novo diploma legal define que empresário individual é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966). Desse modo, depreende-se que a prática de um ato isolado ou o caráter eventual de compra e venda de qualquer tipo de bem, não caracteriza a prática da conduta proibida pelo inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90.
>
> 24. Desse modo, opina-se que, para a caracterização do ilícito em questão, deverá restar caracterizada a habitualidade da conduta o que poderá ser demonstrado por meio de evidências de que a prática envolva a organização de insumos, mão-de-obra e fatores de produção e que tenha por finalidade a obtenção de lucro.

Há uma variedade de situações que, se comprovadas, caracterizam, em tese, a gerência, administração ou a prática de atos de gestão comercial, tais como, entre outras: dirigir, controlar, coordenar ou gerir recursos materiais e/ou humanos; nomear preposto; resolver dissídios ou pendências trabalhistas de empregados; usar a firma ou denominação social da empresa; responsabilizar-se pela cobrança ou pagamento de dívidas; representar ou apresentar-se como representante da empresa perante terceiros; e, de modo geral, exercer, de qualquer maneira, poder de mando sobre a sociedade empresária.

A demonstração dessas ocorrências e circunstâncias indicativas de atos de gestão, gerência ou administração da sociedade depende de prova. Mas não depende e tampouco se subordina à nomeação do membro do Ministério Público no contrato social ou no ato constitutivo como sócio-administrador ou gerente. Assim, o registro

15 Artigo 117. Ao servidor é proibido: [...] X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

do membro do Ministério Público como sócio-administrador ou gerente não é requisito ou elemento probatório suficiente para configurar a infração disciplinar.

Nesse sentido, a CGU – no referido pronunciamento que, apesar de firmado para servidores, guarda relação de pertinência com a vedação em questão - concluiu que o fato de determinado servidor figurar como gerente ou administrador nos atos constitutivos da sociedade não é suficiente ou determinante para configurar inobservância à vedação:

> 17. É necessário, para que incorra na referida proibição, que o servidor público exerça ou tenha exercido **efetivamente** a gerência ou a administração da sociedade.
>
> 18. Desse modo, o que o servidor não pode, em termos de participação societária, é, pessoalmente, praticar os atos de gerência ou de administração, configurando-se a infração disciplinar apenas com a comprovação da gerência ou da administração de fato.
>
> 19. Infere-se disso que o enquadramento aqui deve ser precipuamente fático e não apenas de direito.
>
> 20. Assim, se um servidor, ainda que conste formalmente como gerente ou administrador de sociedade privada, efetivamente nunca operou enquanto tal, não há que se falar em afronta ao artigo 117, X, da Lei nº 8.112/90.
>
> 21. Desse modo, não basta o nome do servidor figurar de direito no estatuto, no contrato social ou perante órgãos tributários para que reste tipificada a infringência que tem como consequência a penalidade de demissão. É preciso, repito, que o servidor tenha exercido de fato a gerência ou a administração da sociedade para incorrer no ilícito funcional.
>
> 22. Por outro lado, quando o servidor opera apenas de fato, ainda que seu nome não conste no contrato social da empresa na qualidade de gerente ou administrador, este comete o ilícito disciplinar. Desse modo, havendo a prática de atos gerenciais ou de administração por parte do servidor, configura-se a vedação em tela. (excertos da exposição de motivos do Enunciado CGU Nº 09, de 30 de outubro de 2015)

Pressupõe-se, conforme aduzido, a efetiva prática de ato(s) de gestão e/ou administração para que se incorra na vedação. Porém, o fato de o membro do Ministério Público constar nos atos constitutivos da empresa, quer como sócio-administrador, quer como gerente, quer, ainda, como responsável por algum ato de gestão, não é destituído de alguma relevância jurídica.

Com efeito, por um lado, consiste em *notícia*/informação - ou melhor, indício - suficiente, por si só, para que se instaure procedimento investigativo de natureza disciplinar, para fins de se apurar eventual inobservância da vedação imposta. Por outro, pode-se supor a sua repercussão no ônus da prova, já que do registro resulta a convicção de sua fidelidade, para todos os fins. Os atos de gestão de quem se acredita, com base nos atos e contratos constitutivos da empresa, gerente ou sócio-administrador, são, em regra, presumidos, a despeito de se admitir prova em contrário.

A propósito, essa presunção tem justificado a atuação preventiva da Administração Pública em identificar, por meio de cruzamento de bases de dados, eventuais agentes públicos gerentes ou sócio-administradores de sociedades empresárias. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da sua Diretoria de Auditoria em Pessoal da Secretaria de Fiscalização de Pessoal, tem feito esse cruzamento com suporte no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape), que controla os dados cadastrais, pessoais, funcionais e de processamento da folha de pagamento de servidores ativos e inativos, aposentados do Governo Federal. As irregularidades constatadas têm desencadeado a adoção de providências visando a esclarecê-las[16].

3. DO EXERCÍCIO DO COMÉRCIO OU PARTICIPAÇÃO EM GERÊNCIA OU ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADE COMERCIAL PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SE ENCONTRA EM GOZO DE LICENÇA PARA FINS PARTICULARES

De acordo com a CGU, a vedação relativa à participação em gerência ou administração de sociedade privada ou o exercício do comércio, não se aplica ao servidor que se encontra em gozo de licença para o trato de interesses particulares, desde que observada a legislação sobre conflito de interesses, nos termos do art. 117, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.112/1990[17].

Por outro lado, como as Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos estados não excepcionaram expressamente a incidência da vedação em seus respectivos textos, nos casos de licença ou afastamentos em geral, indaga-se: por força do disposto no art. 287 da Lei Complementar nº 75/1993[18], que prevê a aplicação subsidiária aos membros do Ministério Público das disposições gerais referentes aos servidores públicos[19], impõe-se-lhes, ou não, a vedação quando em *gozo de licença para o trato de interesses particulares?*

Iniciemos a busca da possível resposta com outra pergunta. Em que medida a vedação relativa ao exercício do comércio ou participação em sociedade comercial difere das demais vedações, como as proibitivas ao exercício da advocacia e à atividade político-partidária, para fins de relativização da sua incidência?

16 Nesse tópico, agradecemos as explicações fornecidas pelo Diretor de Auditoria em Pessoal da Secretaria de Fiscalização de Pessoal (TCU), Fabiano Nijelschi.

17 A Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nº^{s} 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Em seu art. 3º, inciso I, considera conflito de interesses: *a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública*;

18 Por seu turno, o art. 8º da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) dispõe que se *aplicam aos membros do Ministério Público dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União*, viabilizando-se, em princípio, a aplicação subsidiária do disposto no art. 117, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.112/1990 também aos membros do Ministério Público dos estados.

19 Art. 287. *Aplicam-se subsidiariamente aos membros do Ministério Público da União as disposições gerais referentes aos servidores públicos, respeitadas, quando for o caso, as normas especiais contidas nesta lei complementar. § 1º O regime de remuneração estabelecido nesta lei complementar não prejudica a percepção de vantagens concedidas, em caráter geral, aos servidores públicos civis da União. § 2º O disposto neste artigo não poderá importar em restrições ao regime jurídico instituído nesta lei complementar ou na imposição de condições com ele incompatíveis.*

Como cediço, os membros do Ministério Público submetem-se, na condição de agentes políticos, a regime de prerrogativas e vedações próprio, distinto daquele aplicável aos servidores públicos em geral. Essa sujeição a regime especial tem como fundamento proporcionar o exercício das funções ministeriais de forma independente, assegurando-se, com isso, a imparcialidade do membro.

Para tanto, os constituintes originário e derivado impuseram vedações aos membros do Ministério Público para obstar eventuais interferências provenientes sobretudo dos poderes político e econômico, bem como da própria advocacia, ainda que meramente potenciais. Do mesmo modo, as vedações também se prestam para evitar que da atuação funcional não resulte a consecução de outro(s) interesse(s) pelo membro do *Parquet*, a não ser o público. Nota-se, pois, que as vedações objetivam preservar a higidez da independência funcional em uma via de mão dupla: inibir a ingerência de interesses privados no exercício da função pública e deste naqueles.

Especificamente sobre a participação em sociedade comercial, Hugo Nigro Mazzilli destaca que "a *ratio legis* consiste não só em evitar que tais atividades paralelas concorram e até prejudiquem a atividade institucional, como ainda em afastar o risco, de todo indesejável, de que, em sua atuação, ele tema contrariar interesses de consumidores, fornecedores ou empresas com que se relacione em sua atividade comercial"[20].

Ainda que afastado do exercício de suas funções, as vedações permanecem plenamente válidas, já que, impostas desde a investidura, devem permanecer atreladas ao cargo até a extinção definitiva do vínculo, de modo que se evite a exposição do membro às referidas interferências indesejadas e potencialmente comprometedoras de sua independência.

Em outras palavras, mesmo que a atividade vedada seja exercida de forma precária, passível de interrupção a qualquer tempo, inclusive com afastamento das funções, subsiste a possibilidade de conflitos de interesse que, ao menos em tese, poderão transcender o período de afastamento e interferir efetivamente na independência da atuação ministerial e respectiva imparcialidade do membro[21].

Ademais, as vedações, assim como as prerrogativas, constituem um conjunto de, respectivamente, restrições e direitos especiais, com características comuns, as de serem indispensáveis para o cumprimento da função institucional. Umas não compensam as outras. Complementam-se, relacionadas que estão estritamente à atuação isenta e impessoal do membro do Ministério Público.

20 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 287.

21 Sobre a necessidade de conferir um caráter objetivo à análise da imparcialidade, discorre Ana Paula Oliveira Ávila: "Bem de se ver que a averiguação da parcialidade remete ao subjetivismo das pessoas. Por tal razão, a maior dificuldade com relação ao vício de parcialidade diz respeito à sua prova. Justamente por isso é que, no Brasil, a imparcialidade é assegurada por um sistema em que o risco de avaliação imprópria dos casos concretos justifica a invalidação da decisão. Ou seja, sinais exteriores de que pode haver um posicionamento parcial do decisor são suficientes para que o ordenamento lhe interdite a prática do ato ou tomada de decisão, prescindindo-se da prova de ter havido efetiva parcialidade. Basta, portanto, que o decisor possa ter interesse de ordem pessoal ou pecuniária no caso, mesmo que ele tenha discernimento para não permitir que tais interesses afetem sua avaliação." (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública: para uma administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 86).

À vista disso, o membro do *Parquet* licenciado para tratar de interesses particulares continua sendo membro do Ministério Público, não se despindo de todas as suas prerrogativas, mas somente de parte delas, as que se fundam no exercício de sua função (*v.g.*, art. 41 da Lei nº 8.625/1993[22] e art. 18, inciso I, da Lei Complementar nº 75/1993[23]).

Outras prerrogativas – justamente aquelas relacionadas ao exercício da função, como as vedações impostas -, acompanham e seguem o vínculo institucional, por isso permanecem (*v.g.* Art. 40 da Lei nº 8.625/1993[24] e art. 18, inciso II, da Lei Complementar nº 75/1993[25]).

22 Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: I - receber o mesmo tratamento jurídico e protocolar dispensado aos membros do Poder Judiciário junto aos quais oficiem; II - não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato; IV - receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista; V - gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional; VI - ingressar e transitar livremente: a) nas salas de sessões de Tribunais, mesmo além dos limites que separam a parte reservada aos Magistrados; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, ofícios da justiça, inclusive dos registros públicos, delegacias de polícia e estabelecimento de internação coletiva; c) em qualquer recinto público ou privado, ressalvada a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio; VII - examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; VIII - examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; IX - ter acesso ao indiciado preso, a qualquer momento, mesmo quando decretada a sua incomunicabilidade; X - usar as vestes talares e as insígnias privativas do Ministério Público; XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma. Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

23 Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I – institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem; b) usar vestes talares; c) ter ingresso e trânsito livres, em razão de serviço, em qualquer recinto público ou privado, respeitada a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio; d) a prioridade em qualquer serviço de transporte ou comunicação, público ou privado, no território nacional, quando em serviço de caráter urgente;

24 Art. 40. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:
I - ser ouvido, como testemunha ou ofendido, em qualquer processo ou inquérito, em dia, hora e local previamente ajustados com o Juiz ou a autoridade competente; II - estar sujeito a intimação ou convocação para comparecimento, somente se expedida pela autoridade judiciária ou por órgão da Administração Superior do Ministério Público competente, ressalvadas as hipóteses constitucionais; III - ser preso somente por ordem judicial escrita, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a comunicação e a apresentação do membro do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça; IV - ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada exceção de ordem constitucional; V - ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final; VI - ter assegurado o direito de acesso, retificação e complementação dos dados e informações relativos à sua pessoa, existentes nos órgãos da instituição, na forma da Lei Orgânica.

25 Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I – institucionais: e) o porte de arma, independentemente de autorização; f) carteira de identidade especial, de acordo com modelo aprovado pelo Procurador-Geral da República e por ele expedida, nela se consignando as prerrogativas constantes do inciso I, alíneas c, d e e do inciso II, alíneas d, e e f, deste artigo; II – processuais: a) do Procurador-Geral da República, ser processado e julgado, nos crimes comuns, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade; b) do membro do Ministério Público da União que oficie perante tribunais, ser processado e julgado, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelo Superior Tribunal de Justiça; c) do membro do Ministério Público da União que oficie perante juízos de primeira instância, ser processado e julgado, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelos Tribunais Regionais Federais, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; d) ser preso ou detido somente por ordem escrita do tribunal competente ou em razão de flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação àquele tribunal e ao Procurador-Geral da República, sob pena de responsabilidade; e) ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena; f) não ser indiciado em inquérito policial, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; g) ser ouvido, como testemunhas, em dia, hora e local previamente ajustados com o magistrado ou a autoridade competente; h) receber intimação pessoalmente nos autos em qualquer processo e grau de jurisdição nos feitos em que tiver que oficiar. Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

Por conseguinte, muito mais que complementares, as prerrogativas e as vedações são interdependentes na sua instrumentalidade. Deveras, as prerrogativas prosseguem existindo mesmo quando o membro do Ministério Público está afastado de suas funções. Logo, sua imprescindibilidade não decorre do efetivo exercício da função, mas, sim, da investidura no cargo. Consequentemente, considerando que subjaz idêntica justificativa às vedações impostas, atribuir-lhes tratamento diferenciado revelar-se-ia uma manifesta incongruência.

4. DA PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SOCIEDADE COOPERATIVA CONSTITUÍDA PARA PRESTAR SERVIÇOS A SEUS MEMBROS

A Lei nº 8.112/1990 permite expressamente a participação de servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros (art. 117, inciso I). Consta da exposição de motivos do retromencionado Enunciado CGU nº 09, de 30 de outubro de 2015, que se trata "de um estímulo à participação de servidores nas sociedades simples de cooperativas, quando constituídas para prestar serviços a seus próprios membros, por entender que não há conflito com o desempenho do cargo.".

Embora não exista tal autorização legal para os membros do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 18, de 21 de maio de 2007, com o seguinte teor:

> Art. 1º Aos membros do Ministério Público da União e dos Estados é defeso o exercício de cargo de Direção e Administração em Cooperativas de Crédito, exceto aquelas constituídas para prestar serviços aos membros do Ministério Público. Parágrafo único. A vedação estabelecida neste artigo engloba o recebimento de remuneração, através de honorários ou jetons, aos membros do Ministério Público integrantes de Cooperativa de Crédito.
>
> Art. 2º Os atuais membros do Ministério Público que se encontrem na situação descrita no artigo antecedente têm o prazo de 90 dias para proceder a sua exclusão do cargo de Direção e Administração em Cooperativa de Crédito

Constata-se, pois, que o Conselho Nacional do Ministério Público, ao interpretar as vedações previstas no art. 128, § 5º, inciso II, da Constituição Federal, e no art. 44 da Lei nº 8.625/1993, autorizou, excepcionalmente, os membros do Ministério Público a exercerem cargos, sem recebimento de remuneração, de Direção e Administração em Cooperativas de Crédito na hipótese em que estas são constituídas para prestar serviços aos membros do Ministério Público.

Contudo, a redação genérica da parte final do art. 1º não estabeleceu, de forma expressa e clara, que as cooperativas de crédito devem ser constituídas para prestarem serviços exclusivamente para os membros do Ministério Público, inadmitindo-se como cooperados servidores da própria instituição e de outras, como Poder Judiciário e Defensoria Pública.

O real alcance do disposto na parte final do art. 1º foi alvo de exame pela Corregedoria Nacional do Ministério Público no bojo da Reclamação Disciplinar nº 0.00.000.000799/2015-29, cujo objeto consistia em verificar se membros do Ministério Público do Ceará, ao exercerem cargo na Diretoria Executiva da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Servidores do Poder Judiciário no Estado do Ceará (Cooperjuris), teriam violado, ou não, o disposto na Resolução nº 18 do Conselho Nacional do Ministério Público e, com isso, eventualmente incorrido em infração disciplinar.

Naquela oportunidade, assentou-se que, da redação imprecisa do referido dispositivo normativo, é igualmente possível – sem adentrar o mérito do acerto, ou não, dessa interpretação – extrair da parte final do art. 1º da Resolução nº 18 a autorização para o exercício de cargos de Direção e Administração em Cooperativas de Crédito constituídas para prestar serviços, não somente aos membros do Ministério Público, mas também a servidores do próprio Ministério Público e membros e servidores do Poder Judiciário e Defensoria Pública.

No caso analisado, a Cooperjuris foi constituída no ano de 2005 por membros e servidores do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Ceará. Desde sua criação, membros do Ministério Público do Estado do Ceará ocuparam cargos de direção e administração da cooperativa de crédito, sem, contudo, receberem remuneração pelo exercício dos referidos cargos, conforme dispõe o art. 29, inciso IV, do Estatuto Social da Cooperjuris.

Assim, diante do panorama normativo acima exposto, restou considerado que os membros do Ministério Público do Ceará que exerceram ou exercem cargos de direção ou administração na Cooperjuris não violaram, ao menos dolosamente ou de má-fé, o disposto na Resolução nº 18 do CNMP, porquanto a ambiguidade da redação da parte final do art. 1º da indigitada resolução permitiu a formulação de interpretação a amparar a conduta dos referidos membros, o que, ao fim e ao cabo, afastaria a prática de infração disciplinar.

Ademais, reconheceu-se igualmente que a conclusão de que, naquele caso, não houve descumprimento da Resolução nº 18 por parte dos membros do *Parquet* integrantes da direção/administração da Cooperjuris já tinha sido firmada pelo CNMP no próprio bojo dos autos da Proposta de Resolução nº 553/2006-66, que ensejou a expedição da Resolução nº 18/2007.

Com efeito, após a publicação da Resolução nº 18, em 19/6/2007, foi expedido pelo Núcleo de Acompanhamento de Decisões (NAD) o Ofício Circular nº 001/2008/NAD-SG/CNMP, datado de 24 de junho de 2008, a todos os procuradores-gerais de Justiça dos Ministérios Públicos estaduais e aos procuradores-gerais do Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, solicitando informações acerca do cumprimento da Resolução nº 18, especialmente o disposto em seu art. 2º.

Em resposta, a Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará informou que se constituiu no âmbito do referido estado a Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e Servidores do Poder Judiciário (Cooperjuris), a qual tem como um dos objetivos prestar serviços aos membros do Ministério, com a participação de integrantes do *Parquet* Estadual na composição da sua diretoria, sem a percepção de qualquer remuneração, por meio de honorários ou de *jetons*.

Também noticiou-se o desempenho de funções de direção/administração de cooperativas de crédito – constituídas para prestar serviços não somente a membros do Ministério Público, mas também a outras instituições, como Poder Judiciário e/ou Defensoria Pública – por membros vinculados aos Ministérios Públicos dos estados da Bahia, Santa Catarina, Minas Gerais e Paraná.

Em parecer datado de 22 de julho de 2011, o promotor de Justiça auxiliar da Comissão de Controle Administrativo e Financeiro (CCAF) reconheceu que todos os Ministérios Públicos vinham cumprindo o disposto na Resolução nº 18/2007, com exceção apenas do Ministério Público do Estado do Maranhão, conforme se extrai do seguinte excerto, *verbis*:

> Pois bem. A finalidade do presente feito cinge-se em fiscalizar o cumprimento da Resolução nº 18/2.007, na qual restou assentadas as premissas para o exercício de cargos de direção e administração em Cooperativas de Crédito por membros do Ministério Público Brasileiro.
>
> Cumpre salientar, por oportuno, que após detida análise dos autos verifiquei que todas as unidades ministeriais atenderam as determinações contidas na aludida resolução, à exceção do Ministério Público do Estado do Maranhão.
>
> Sendo assim, considero que em relação às unidades ministeriais [que] cumpriram a contento a resolução, não mais subsiste substrato necessário para a fiscalização administrativa, havendo manifesta falta de interesse na continuação do procedimento.
>
> Com efeito, a fiscalização do cumprimento das decisões deste Conselho é atribuída à Comissão de Controle Administrativo e Financeiro, que verifica a situação retratada nos autos, tomando as providências cabíveis no caso concreto, bem como arquivando o feito quanto todas as deliberações emanadas tiverem sido integralmente cumpridas, como ocorre na espécie.
>
> Sendo assim, em relação aos Ministérios Públicos que prestaram informações e responderam às indagações formuladas por este Conselho Nacional, não há mais qualquer objeto a ser perquirido.
>
> [...]
>
> Ante o exposto, opino pelo acatamento das justificativas apresentadas por todas as unidades ministeriais que apresentaram justificativas, tendo em vista o comprovado cumprimento da Resolução nº 18/2007, extinguindo o processo, por não haver nada a controlar.

Após finalmente o Ministério Público do Estado do Maranhão prestar as informações solicitadas pelo Ofício Circular nº 001/2008/NAD-SG/CNMP, determinou-se, em 8/5/2013, o arquivamento da Proposta de Resolução nº 553/2006-66[26], *verbis*:

> Por todo o exposto, considerando que todas as unidades do Ministério Público brasileiro estão cumprindo a Resolução CNMP nº 18/2007 e não mais havendo providências a serem adotadas neste procedimento, ante a evidente perda de seu objeto, determino o arquivamento do feito, com esteio no artigo 46, inciso X, alínea "b", do Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público.

Nota-se, portanto, que o CNMP, desde meados de 2011, já tinha sinalizado o adequado cumprimento da Resolução nº 18/2007 não só por membros do Ministério Público do Estado do Ceará, mas também de outros Ministérios Públicos em situação idêntica, como acima observado.

Sendo assim, a nosso sentir, enquanto permanecer válida a atual redação da Resolução nº 18/2007, não há impedimento para que membros do Ministério Público exerçam cargos de direção e administração em cooperativas de crédito constituídas para prestar serviços não somente aos membros do Ministério Público, mas também a servidores da própria instituição e de outras, como Poder Judiciário e Defensoria Pública, sem prejuízo de que o Plenário do CNMP volte a se debruçar sobre a matéria e adote posicionamento diverso por meio de alteração/revogação da referida resolução.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, concluímos que:

1) A proibição do *exercício do comércio* e da *participação em sociedade comercial* deve ser lida e compreendida como vedação à *atividade empresarial* e de *participação em sociedade empresária*, para fins de conformação da sua inobservância.

2) O exercício de profissão intelectual de natureza científica, literária ou artística por membros do Ministério Público, nos termos do parágrafo único do art. 966 do NCC, impõe-se-lhes a obrigação de informar a atividade exercida aos respectivos órgãos correcionais, apurando-se, no caso concreto, eventual prejuízo ou comprometimento ao exercício das atribuições; e sem prejuízo de regulamentação específica da questão pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

3) O registro do membro do Ministério Público como sócio-administrador ou gerente de sociedade comercial não constitui, por si só, quer prova suficiente de inobservância à vedação, quer requisito a ser preenchido para configurá-

26 Depois da aprovação da Resolução nº 18/2007, o objeto da Proposta de Resolução nº 553/2006-66 passou a ser o acompanhamento do efetivo cumprimento, ou não, da referida resolução, de modo que na decisão de arquivamento atribui-se nova classe procedimental aos respectivos autos, a saber, *Procedimento de Controle Administrativo (PCA)*.

la. Mas, à evidência, (i) pode repercutir no ônus da prova, já que do registro resulta a convicção de sua fidelidade, para todos os fins; e (ii) consiste em *notícia*/informação - ou melhor, indício - suficiente, para que se instaure procedimento investigativo de natureza disciplinar, com o objetivo de apurar eventual inobservância da vedação.

4) Proíbem-se o exercício do comércio e a administração ou gerência em sociedade comercial pelo membro do Ministério Público licenciado para tratar de interesses particulares, tendo em vista que tal vedação incide desde a investidura no cargo, afigurando-se irrelevante o efetivo exercício, ou não, das funções.

5) Enquanto permanecer válida a atual redação da Resolução nº 18/2007, não há impedimento para que membros do Ministério Público exerçam cargos de direção e administração em cooperativas de crédito constituídas para prestar serviços não somente aos membros do Ministério Público, mas também a servidores da própria instituição e de outras, como Poder Judiciário e Defensoria Pública, sem prejuízo de que o Plenário do CNMP volte a se debruçar sobre a matéria e adote posicionamento diverso por meio de alteração/revogação da referida resolução.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública*: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa*. 12. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

FRAN, Martins. *Curso de Direito Comercial*. 34. ed rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Administrativo Judiciário:* magistratura e princípio da dedicação exclusiva. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-direito-administrativo-judiciario-magistratura-e-principio-da-dedicacao-exclusiva>.

O REGIME DISCIPLINAR DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Cesar Henrique Kluge[1]

Resumo: O artigo apresenta uma visão geral sobre o regime disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público da União, à luz da legislação de regência e entendimento dos Tribunais Superiores. Além de destacar sua importância como garantia social e progresso institucional, apontam-se os instrumentos disponíveis, no âmbito do controle interno e externo, para apuração de eventuais desvios de conduta dos agentes ministeriais. Por fim, são realizadas considerações sobre o controle disciplinar na atividade finalística e a prescrição.

Palavras-chave: Ministério Público da União. Regime Disciplinar. Vedações e deveres funcionais. Instrumentos de apuração.

Abstract: The article provides an overview of the Prosecution Service of the Union's disciplinary regime, according to the regulative legislation and Superior Courts's understanding. Besides emphasizing its importance as social guarantee and institutional progress, available instruments are presented, within the scope of internal and external control, in order to ascertaining any prosecutors's misconducts. Finally, considerations are made about the disciplinary control in the finalist activity and the prescriptive period.

Keywords: Prosecution Service of the Union. Disciplinary regime. Prohibitions and professional duties. Investigation tools.

Sumário: 1. Introdução 2. Regime disciplinar: conceito, objeto, finalidade e fundamento 3. Arcabouço normativo 4. Responsabilidade disciplinar 4.1. Infrações disciplinares 4.2. Sanções disciplinares 4.3. Opção pelo regime anterior 5. Modalidades do controle disciplinar 5.1. Controle disciplinar externo 5.1.1 Instrumentos de apuração disciplinar 5.1.1.1. Reclamação Disciplinar 5.1.1.2. Sindicância 5.1.1.3. Processo Administrativo Disciplinar 5.1.1.4. Revisão de Processo Administrativo Disciplinar 5.1.1.5. Avocação 5.2. Controle disciplinar interno 5.2.1. Instrumentos de apuração disciplinar 5.2.1.1. Sindicância 5.2.1.2. Inquérito Administrativo 5.2.1.3. Processo Administrativo Disciplinar 5.1.1.4. Revisão de Processo Administrativo Disciplinar 6. Controle disciplinar e atividade finalística 7. Prescrição 8. Considerações finais 9. Referências

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o Texto Constitucional, o Ministério Público Brasileiro abrange o Ministério Público dos Estados (MPE) e o Ministério Público da União (MPU), sendo este último integrado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT)

1 Procurador do Trabalho da 3ª Região (MG), lotado em Uberlândia/MG. Atualmente, exerce a função de membro auxiliar da Corregedoria Nacional (CNMP). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Pós-graduado em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União.

e Ministério Público Militar (MPM), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis[2].

Como instituição permanente e essencial à Justiça, a realização de controle – administrativo, financeiro e disciplinar – sobre os órgãos e agentes ministeriais mostra-se primordial para o aperfeiçoamento e fortalecimento institucional, bem como o correto e adequado adimplemento de sua missão constitucional.

O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações gerais sobre o regime disciplinar dos membros do MPU, à luz da legislação em vigor e da jurisprudência dos Tribunais Superiores. O foco será o controle disciplinar, não sendo objeto de estudo, portanto, os controles administrativo e financeiro.

Nesse caminho, inicialmente, serão apresentados o conceito, objeto, finalidade e fundamento do regime disciplinar. Na sequência, serão abordados temas que permitem ter uma visão geral do instituto, tais como: modalidades de controle disciplinar (interno e externo); instrumentos de apuração; infrações disciplinares e respectivas sanções; controle disciplinar e atividade finalística. Por fim, serão aduzidas breves notas sobre a prescrição no campo disciplinar.

Este trabalho não tem o intuito de esgotar todos os conceitos aqui utilizados, tampouco o tema abordado. O que se pretende é oferecer um panorama geral sobre o regime disciplinar dos membros do MPU, instigando a reflexão sobre o assunto.

2. REGIME DISCIPLINAR: CONCEITO, OBJETO, FINALIDADE E FUNDAMENTO

O Direito Administrativo, em linhas gerais, pode ser entendido como o conjunto de normas que disciplinam a organização e o exercício das atividades estatais, tendo como vetor o interesse público.

Nas lições de Cunha Júnior, o Direito Administrativo:

> É um ramo do Direito Público que consiste num conjunto articulado e harmônico de normas jurídicas (normas-princípios e normas-regras) que atuam na disciplina da Administração Pública, de seus órgãos e entidades, de seu pessoal, serviços e bens, regulando uma das funções desenvolvidas pelo Estado: a função administrativa. Tem por objeto específico, portanto, a Administração Pública e o desempenho das funções administrativas[3].

Para o bom e regular funcionamento dos serviços públicos, considerando a falibilidade humana e o desenvolvimento social, é necessário que o órgão ou entidade disponha de instrumentos eficazes para organizar, controlar, corrigir e aperfeiçoar suas atividades.

2 De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas é uma instituição que não integra o Ministério Público da União ou dos Estados. Trata-se de um órgão especial que não integra nenhum dos ramos do Ministério Público, não possuindo a instituição independência funcional, administrativa ou financeira, uma vez que se encontra integrado na "intimidade estrutural" do Tribunal de Contas (STF. Rcl 24162 AgR/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 22/11/2016, 2ª Turma, DJE 7-12-2016).

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 22.

Nesse contexto, emerge a importância do Direito Administrativo Disciplinar, assim definido por Carvalho:

> O direito administrativo disciplinar é sub-ramo do direito administrativo, para alguns, ou disciplina autônoma para outros (direito disciplinário) e que se ocupa do regime disciplinar a que se sujeita o funcionalismo público e os meios investigativos e processuais necessários (sindicância e processo administrativo disciplinar) para impor penalidades aos transgressores do código de conduta funcional. Distingue-se do direito penal pela atipicidade das faltas disciplinares (salvo as faltas gravíssimas, descritas taxativamente no art. 132 da Lei Federal nº 8.112/1990) e pela discricionariedade (maior ou menor, às vezes quase inexistente em hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria) da autoridade administrativa para enquadrar os fatos nos dispositivos legais que regulam as condutas censuradas dos servidores públicos[4].

Embora o conceito apresentado faça menção apenas ao funcionalismo público, regido pela Lei nº 8.112/1990, não há dúvidas de seu aproveitamento para o estudo do regime disciplinar dos membros do MPT, estabelecido na Lei Complementar nº 75/1993 (LOMPU).

O objeto do regime disciplinar é a relação entre a instituição e seu corpo funcional, com a previsão de regras de conduta, deveres e proibições, bem como dos meios de apuração e sanção a ser aplicada em caso de descumprimento.

A finalidade é assegurar a responsabilização dos agentes ministeriais pelo cometimento de infrações que acarretem a inobservância de deveres e proibições relacionados às atribuições do cargo de que estão investidos. Além disso, não há como deixar de mencionar o caráter pedagógico. Salvo as sanções de caráter expulsivo, as punições buscam a educação ou reeducação do punido[5].

Pode-se afirmar que um dos fundamentos do regime disciplinar é garantir o exercício da missão constitucional da instituição, consagrado no art. 127 da CF/88, de forma independente, imparcial e autônoma, prestando-se um serviço eficiente e adequado, em tempo razoável. Assim ocorrendo, será resguardado o prestígio do Ministério Público (MP) perante a coletividade destinatária de suas atividades.

Não há como negar, outrossim, que a modernização e o aperfeiçoamento institucional, por meio da constante fiscalização, acarretam seu fortalecimento interno e externo.

Se o desvio funcional dos membros diminui a eficácia social de sua atuação no cumprimento de sua missão constitucional[6], é possível assentar também que o desvio de finalidade na efetivação do regime disciplinar perpetrado, exemplificativamente,

4 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de Processo Administrativo e Sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da causística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 126.

5 COSTA, José Armando da. *Direito Disciplinar:* temas substantivos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 141.

6 MAZZILI, Hugo Nigro. Corregedorias e ética institucional do Ministério Publico Brasileiro. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 181-201, 2016.

por meio do corporativismo, perseguição desmedida ou punições desproporcionais, funciona como veneno que intoxica o *Parquet,* afastando-o de seus objetivos e acarretando seu evidente enfraquecimento. Aliás, deixar de punir quem mereça ser punido e punir quem não mereça é um grande desestímulo aos membros atuantes e responsáveis, ocasionando, ainda, descrédito institucional.

Nesse cenário, a valorização de diretrizes comportamentais que prezem a idoneidade, independência, imparcialidade e integridade moral do agente ministerial está em consonância com uma sociedade democrática e o regime disciplinar concretizado à luz de suas finalidades e, de forma equilibrada e razoável, mostra-se como um importante mecanismo de fortalecimento, progresso e prestígio do MP.

3. ARCABOUÇO NORMATIVO

No plano internacional, a existência e necessidade de controle disciplinar dos agentes estatais pode ser extraída da relevância de existirem órgãos independentes e imparciais para garantia de um processo justo e com duração razoável, como previsto no art. 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948; no art. 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), de 1969; e no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966.

Pode-se afirmar, ainda, que o dever de investigar e punir do Estado, não apenas no âmbito criminal, mas também no campo disciplinar, decorre do dever de proteção geral dos direitos humanos, consagrados nos arts. 1º e 2º da CADH.

Nesse aspecto, se o MPU é responsável pela defesa dos direitos humanos e fundamentais , o desvio funcional, ao reduzir a eficácia social da atuação, fragiliza essa tutela. Logo, o combate aos desvios funcionais, efetivado pelo controle disciplinar, é um dos caminhos para garantir o cumprimento da missão constitucional da instituição e, consequentemente, o efetivo respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Outro importante instrumento internacional que pode ser invocado é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,[7] que, em seu art. 8º, exige a existência de códigos de conduta para os funcionários públicos, assim consideradas todas as pessoas que ocupem um cargo legislativo, executivo, administrativo ou judicial. No item 6 do mencionado artigo, consta o compromisso de cada Estado Parte considerar a possibilidade de adotar, nos termos de sua legislação interna, medidas disciplinares ou de outra índole contra todo funcionário público que transgrida os códigos e normas de conduta implementados.

Ademais, existem alguns instrumentos internacionais que, embora possam estar despidos de caráter normativo ou vinculante, podem ser utilizados como fonte material do regime disciplinar. Nesse caminho, destacam-se os princípios

7 Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003. Assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

de conduta judicial de Bangalore[8], elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial[9], com fundamento em diversos códigos e instrumentos internacionais existentes, como vetores para o controle disciplinar dos agentes ministeriais. Os valores elencados para o regular e efetivo exercício da atividade jurisdicional (independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência) são perfeitamente aplicáveis ao Ministério Público Brasileiro.

No mesmo caminho, o Código de Conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 17 de dezembro de 1979, por meio da Resolução nº 34/169[10].

Vale mencionar, também, os Princípios Básicos das Nações Unidas para a Independência do Judiciário, adotados pelo 7º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, ao estabelecer, em seus itens 17 a 20, a existência de procedimento disciplinar para avaliação da capacidade judicial e profissional do magistrado[11]. A utilização desses princípios pode ser verificada, inclusive, na expressa menção realizada na Resolução nº 176, de 10 de junho de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

Aponta-se, ainda, a Recomendação Rec (2000) 19, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça criminal[12]. Entre os seus princípios, destaca-se, no particular, o item 5, alínea "e", segundo o qual "os processos disciplinares contra membros do MP sejam regidos por lei e garantam uma justa e objetiva avaliação e decisão, sujeita a controle independente e imparcial".

Além disso, de acordo com a carta de conduta dos magistrados do Ministério Público Português, existem diversos instrumentos de regulação, códigos de conduta ou guias e regras de deontologia, que, a nosso sentir, também podem ser invocados para dar suporte ao controle disciplinar dos membros do MP, entre os quais se destacam: Diretrizes sobre o papel dos Membros do Ministério Público, aprovadas pela ONU, durante o 8º Congresso sobre a Prevenção de Crimes e o Tratamento de Delinquentes, em Havana, 1990; Princípios sobre Responsabilidade profissional e declaração sobre os direitos e deveres essenciais do Ministério Público, constituída pelas respostas apresentadas pelos Estados Membros – Unodc, Viena, 2012; Recomendação Rec (2012) 11 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre

8 Nações Unidas (ONU). Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). Comentários aos princípios de Bangalore de Conduta Judicial. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>. Acesso em: 6 de abril de 2017.

9 O Grupo de Integridade Judicial criado sob os auspícios da ONU e composto por membros de cortes superiores e juízes seniores e teve por objetivo "debater o problema criado pela evidência de que, em vários países, em todos os continentes, muitas pessoas estavam perdendo a confiança em seus sistemas judiciais por serem tidos como corruptos ou imparciais em algumas circunstâncias. Os princípios por ele elaborados, embora não sejam vinculantes, buscam servir de inspiração para elaboração de códigos de conduta e estatutos".

10 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/931761.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

11 Os princípios básicos das Nações Unidas são mencionados nos comentários aos princípios de Bangalore de Conduta Judicial.

12 Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId =09000016804b9659>. Acesso em: 10 abr. 2017.

"O papel do Ministério Público fora do sistema de justiça penal", de 19 de setembro de 2012 e Conferência de Procuradores-Gerais da Europa, sexta sessão, "Diretrizes europeias sobre ética e a conduta do Ministério Público" (Linhas Diretrizes de Budapeste) (2005), de 31 de maio de 2005[13].

No plano nacional, o regime disciplinar dos membros do Ministério Público tem seu ponto de partida no texto constitucional.

De início, o modelo de Estado Democrático de Direito, o qual tem como fundamento o princípio republicano, consagrado no art. 1º, da Constituição Federal de 1988, pressupõe o controle e a responsabilidade dos agentes públicos.

Ademais, além da expressa menção à competência disciplinar, interna e externa, realizada no art. 130-A, § 2º, inciso III, há que se reconhecer, sem dificuldades, a incidência dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Aliás, o próprio art. 130-A, § 2, inciso II, estabelece que o CNMP deve zelar pelo art. 37, o que significa fomentar a aplicação dos princípios da Administração Pública à atividade ministerial, inclusive em relação aos deveres funcionais[14].

Acresça-se, ainda, que na tarefa de responsabilização do membro por desvio funcional, por meio de processo administrativo, devem-se observar não apenas os princípios inerentes à Administração Pública previstos no art. 37, *caput,* mas também outros princípios consagrados na Carta Magna, por exemplo: devido processo legal (art. 5º, LIV); ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV); presunção da inocência (art. 5º, LVII); publicidade (art. 5º, LX); individualização da pena (art. 5º XLV); e licitude das provas (art. 5º, LVI).

No campo infraconstitucional, há que se abrir um pequeno parêntese para ressaltar a diversidade de regimes disciplinares no âmbito do Ministério Público Brasileiro. Há um regime para o MPU, regulamentado pela Lei Complementar nº 75/1993, e tantos regimes quantos Ministérios Públicos Estaduais (MPE) existentes, regulamentados por suas respectivas leis orgânicas.

Essa disparidade de regimes não é recomendável, uma vez que pode levar ao tratamento diferenciado entre agentes vinculados a entes federativos distintos. Porém, visando regularizar essa situação, está em trâmite no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 291/2013, que objetiva alterar os arts. 93, 103-B, 128 e 130-A da Constituição Federal para, entre outras coisas, unificar o regime disciplinar do Ministério Público Brasileiro[15].

Fechado o parêntese, o regime disciplinar dos membros do MPU está regulamentado nos arts. 236 a 265 da Lei Complementar nº 75/1993. Além das

13 Disponível em: <http://www.smmp.pt/wp-content/uploads/carta_de_conduta.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

14 DAHER, Lenna Luciana Nunes. Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 302, 2016.

15 A PEC 291/2013 foi apensada à PEC 505/2010, que está pronta para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=586407>. Acesso em: 21 abr. 2017.

vedações constitucionais, a LOMPU elenca os deveres funcionais que devem ser observados, estabelecendo os instrumentos de apuração e as sanções disciplinares aplicáveis na hipótese de desvio funcional.

No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), seu Regimento Interno (RICNMP) estabelece os procedimentos a serem observados. O art. 86, por sua vez, estabelece que os procedimentos da reclamação disciplinar e sindicância deverão observar, além do RICNMP, ao disposto na Lei Complementar nº 75/1993, na Lei nº 8.625/1993 e nas leis estaduais editadas nos moldes do art. 128, § 5º, da Constituição Federal. Já o art. 105 do RICNMP prevê que, além das disposições do regimento interno, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) instaurado no âmbito do CNMP obedecerá, subsidiária e sucessivamente, às disposições da LC nº 75/1993, da Lei nº 8.112/1990 e da Lei nº 9.784/1999.

4. RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR

A conduta ilícita do membro do MPU pode acarretar responsabilização nos campos civil, criminal e disciplinar, conforme a conduta provoque danos patrimoniais; caracterize-se como crime ou contravenções; ou ofenda o regramento relativo aos deveres e vedações funcionais.

É importante destacar que as instâncias administrativa, civil e criminal são autônomas, o que autoriza, de um lado, a acumulação das sanções sem que isso signifique "*bis in idem*" e, de outro, a possibilidade, por exemplo, de condenação no âmbito civil e a absolvição na seara administrativa.

O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, já se manifestou, com fundamento na independência entre as instâncias, sobre a inexistência de violação ao princípio da presunção da inocência pela aplicação de sanção administrativa por violação de dever funcional fixada em regular processo administrativo, instaurado antes de finalizado o processo penal em que apurados os mesmos fatos[16].

Apenas na hipótese de absolvição criminal, por negativa de autoria ou materialidade – que não se confunde com absolvição por insuficiência de provas – é que haverá vinculação, acarretando a absolvição também nas demais esferas[17]. Nessa situação, deve-se atentar apenas para os termos da Súmula 18 do STF, *in verbis*: "pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público".

Em relação aos limites da responsabilidade disciplinar, a doutrina majoritária entende que seu início ocorre com a investidura no cargo e seu término se efetiva no momento em que ocorre a extinção do vínculo funcional[18].

Pode acontecer, porém, de o agente ministerial ter praticado o desvio funcional quando ainda em atividade, mas a ciência da falta ocorrer apenas

16 STF. MS 26988 AgR – terceiro/DF. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. DJe 24.02.2014.

17 STJ. MS nº 17873/DF. Relator para o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJe de 02/10/2012.

18 COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 173.

após o desligamento dos quadros da instituição. Nessa hipótese, em regra, não haverá punição disciplinar. Apenas se a passagem para a inatividade ocorrer por disponibilidade ou aposentadoria, o membro do Ministério Público ficará sujeito tão somente à sanção disciplinar de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, desde que na ativa tenha cometido infração disciplinar punível com a pena de demissão, que ainda não tenha sido alcançada pela prescrição (art. 240, VI, LC nº 75/1993).

Releva notar que, durante o período de férias, licenças (saúde, para fins particulares etc.) e afastamentos legais, o vínculo funcional é mantido, razão pela qual o membro permanece submetido ao regime disciplinar, podendo ser responsabilizado disciplinarmente.

Como bem observa Carvalho, "é, pois, em defesa da moralidade administrativa, preventivamente, que mesmo o servidor licenciado continua sujeito à responsabilidade disciplinar perante a Administração Pública que o licenciou temporariamente"[19]. Para ilustrar a situação, prossegue mencionado autor:

> Um servidor em gozo de licença para atividades particulares ainda ostenta a titularidade de cargo público e mantém seu prestígio, conhecimento ou proximidade com colegas de trabalho, motivo por que não deixa de incorrer em advocacia administrativa, por exemplo, se patrocina interesses privados diante da Administração Pública à qual pertence, quando se vale das facilidades do posto para influenciar o acolhimento de pleito privado deduzido perante o órgão público sobre o qual o agente administrativo licenciado mantém sua zona de influência[20].

Dessa forma, o agente ministerial licenciado ou afastado de suas funções não fica livre para agir de forma contrária ao interesse público, até porque o afastamento é temporário, podendo reassumir o cargo a qualquer momento[21].

No particular, a nosso sentir, não se aplica a exceção legal prevista no art. 117, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990[22], incluído pela Lei nº 11.784/2008, que autoriza o servidor, em licença para tratar de assuntos particulares, por exemplo, a exercer gerência ou administração de sociedade privada ou o comércio, observada a legislação sobre conflito de interesses. Isso porque, além da ausência de omissão a justificar eventual aplicação subsidiária, a vedação ao exercício a participação

19 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 244.

20 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 242.

21 STJ. REsp nº 1352448/DF. Min. Relator: Humberto Martins. DJe 21/11/2014.

22 Art. 117. Ao servidor é proibido:
X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.
Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do *caput* deste artigo não se aplica nos seguintes casos:
I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e
II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

em sociedade comercial dos membros do MP é prevista constitucionalmente, não podendo uma lei infraconstitucional apresentar uma exceção quando o poder constituinte não o fez.

4.1. Infrações disciplinares

As infrações disciplinares ocorrem quando o membro do MPT pratica uma conduta, omissiva ou comissiva, que afronte as vedações constitucionais ou impliquem inadimplemento dos deveres funcionais previstos em lei.

As vedações são aquelas elencadas no art. 128, § 5º, inciso II, do texto constitucional[23], associadas com a proibição de representar judicialmente e realizar consultoria de entidades públicas, prevista no art. 129, inciso IX, da CF/88. Vale lembrar que as vedações listadas no art. 237 da LC nº 75/1993 já estão encampadas no mencionado dispositivo constitucional.

Apesar de não existir um Código de Ética do Ministério Público, as diretrizes comportamentais são traduzidas na observância dos deveres funcionais elencados no art. 236 da LC nº 75/1993[24].

Em relação ao princípio da taxatividade das infrações disciplinares, corolário do princípio da legalidade, por um lado, há quem defenda uma aplicação similar à do Direito Penal. Nesse sentido, segundo Dezan, tipos disciplinares abertos, como "praticar conduta escandalosa na repartição", são inconstitucionais, por ofenderem o princípio do devido processo legal[25] .

Por outro lado, há quem sustente que, enquanto a infração penal exige exata correspondência entre o tipo penal e a conduta do agente, a infração disciplinar necessita apenas de certa aproximação[26]. Nessa mesma linha, Carvalho argumenta

23 a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
b) exercer a advocacia;
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;
f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

24 Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:
I - cumprir os prazos processuais;
II - guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função;
III - velar por suas prerrogativas institucionais e processuais;
IV - prestar informações aos órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas;
V - atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença; ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço;
VI - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;
VII - adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo;
VIII - tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço;
IX - desempenhar com zelo e probidade as suas funções;
X - guardar decoro pessoal.

25 DEZAN, Sandro Lúcio. *Fundamentos de direito administrativo disciplinar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 203.

26 COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 188.

que o Direito Administrativo Disciplinar não se sujeita ao mesmo rigor absoluto da tipicidade do Direito Penal com tipos fechados de infrações, o que não significa que a imposição de punições disciplinares possa resvalar o arbítrio, razão pela qual toda forma de punição deve encontrar amparo legal[27].

Na prática, o que se observa é a prevalência da relativa taxatividade das infrações disciplinares, uma vez que a LC nº 75/1993 contempla tipos disciplinares abertos, cujos elementos deferem certa discricionariedade para que a autoridade competente faça o enquadramento da conduta. A título de ilustração, cita-se o inciso X, do art. 236, segundo o qual os membros do Ministério Público devem guardar "decoro" pessoal.

Quanto à classificação das infrações disciplinares, citamos, pela simplicidade e didática, aquela apresentada por Gonçalves, que as enquadra em dois grupos. O primeiro refere-se às faltas funcionais, praticadas no exercício concreto das atribuições do cargo, que, por sua vez, podem ser subdivididas em infrações funcionais processuais e infrações funcionais institucionais. O segundo relaciona-se com as faltas não funcionais, cometidas fora do exercício das funções[28].

O que importa nessa classificação é notar que não apenas as irregularidades praticadas no exercício das funções ensejam o controle disciplinar. Atos da vida privada, que possam ter reflexos na dignidade do cargo ou instituição, também estão sujeitos ao crivo disciplinar.

4.2. Sanções disciplinares

A Constituição Federal de 1988 exige o processo disciplinar, em que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie, não sendo mais aceito o procedimento da "verdade sabida", pelo qual, havendo conhecimento notório sobre determinada irregularidade, a pena era diretamente aplicada pela autoridade, sem a necessidade de processo[29]. No mesmo sentido, o art. 242 do estatuto aplicável aos membros do MPU dispõe sobre a necessidade de processo disciplinar para imposição de sanção.

A LC nº 75/1993, em seu art. 239, prevê que os membros do MPU são passíveis das seguintes penalidades: advertência, censura, suspensão (até 45 dias e de 45 dias a 90 dias), demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade. E, segundo os ditames do art. 241, devem ser aplicadas levando-se em consideração os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.

27 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 1178.

28 GONÇALVES, Vitor Fernandes. O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público. *Boletim Científico da ESMPU,* Brasília, ano 7, n. 27/28, jul./dez. 2008.

29 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

Observe-se que o afastamento preventivo do indiciado, previsto no art. 260 do mesmo diploma legal, na hipótese de sua permanência ser inconveniente ao serviço ou prejudicial à apuração dos fatos, não se trata de sanção disciplinar, mas sim de medida cautelar.

Ademais, impõe assinalar que a aplicação das penas de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade dependem do trânsito em julgado da ação civil correspondente, julgada procedente (art. 242).

Aliás, apesar de existir certa controvérsia sobre a possibilidade da perda do cargo do membro do MP ocorrer por via de sentença proferida em ação civil de improbidade, o Superior Tribunal de Justiça já encampou essa tese. De acordo com a Corte da Cidadania, a demissão por ato de improbidade administrativa de membro do MP não só pode ser determinada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em ação específica, cujo ajuizamento foi provocado por regular procedimento administrativo, como também pode ocorrer em virtude do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil de improbidade[30].

Uma questão interessante a respeito da aplicação da sanção disciplinar refere-se ao concurso de infrações disciplinares. Nesse caso, em que se vislumbra a existência de diversas infrações, surge a polêmica relativa à aplicação do concurso material ou continuidade delitiva, cuja decisão, é bom frisar, terá efeitos práticos distintos. Como bem observa Cabral, em regra, não se aplica o instituto da continuidade delitiva em matéria disciplinar, salvo expressa previsão legal ou se a continuidade configurar sanção mais ampla, a ser aplicada por força do princípio da especialidade[31]. Logo, ressalvadas as hipóteses mencionadas, deve prevalecer a aplicação do concurso material, como já teve a oportunidade de se manifestar o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público[32].

Por derradeiro, outro ponto que merece atenção trata da possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade, na esfera administrativa, para reduzir a sanção prevista em lei. Souza manifesta-se de forma favorável, desde que, excepcionalmente, no exame do caso concreto, verifique-se excesso na sanção prevista na norma disciplinar. Destaca, inclusive, a existência de julgados no STJ (MS: 6663-DF 1999/0100787-9, Rel. Fernando Gonçalves, Publicação: DJ 02/10/2000 p. 136; MS 7.983/DF, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 30.03.2005) e STF (RMS n.º 24901/DF, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ, 11 fev. 2005). Mas faz dois importantes alertas. O primeiro no sentido de que o princípio não é invocado com o objetivo de declarar inconstitucional o dispositivo legal. O segundo, de que a incidência do princípio não ocorre mediante atividade discricionária do agente

30 STJ. RESp nº 1.191.613/MG. 1ª Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJe 17/04/2015.

31 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 01, jun. 2016.

32 No julgamento do PAD 1.00022/2015-81, o Plenário do CNMP, considerando a existência de fatos concomitantes e da mesma natureza (o agente ministerial foi negligente no exercício da função ao deixar de dar andamento a sete representações por quase quatro anos) adotou o concurso material e não a continuidade delitiva, aplicando a sanção de advertência "por sete vezes".

público, sendo-lhe vedada a vulgarização do instituto sob pena de enfraquecimento da legalidade estrita.[33]

4.3. Opção pelo regime anterior

O art. 29, § 3º, do ADCT, dispõe sobre a possibilidade de o membro do Ministério Público, admitido antes da promulgação da CF/88, optar pelo regime anterior, no que diz respeito às garantias e vantagens, observando-se, quanto às vedações, a situação jurídica na data desta.

Da leitura do referido dispositivo constitucional, surge a dúvida se, em relação às vedações, ao falar em "situação jurídica na data desta", houve a intenção de se referir à situação jurídica anterior ou à situação jurídica prevista na nova ordem constitucional. Não há como negar a ambiguidade na literalidade da norma.

Na mensagem nº 369, de 20 de maio de 1993[34], que o presidente da República encaminhou ao presidente do Senado Federal, pela qual foram comunicados os vetos a alguns dispositivos da LC nº 75/1993, destaca-se a fundamentação do veto ao art. 202, nos seguintes termos:

> O artigo 29, § 3°, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 dispõe que:
>
> "§ 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."
>
> Logo, ao membro do Ministério Público admitido antes da promulgação da Constituição vigente são aplicáveis apenas as vedações então preexistentes, além de facultada a opção pelos direitos e vantagens constantes do regime jurídico anterior ao que é instituído pela lei complementar.
>
> Impossível, em conseqüência, fixar critério de promoção por merecimento que prejudique os membros do Ministério Público da União que, valendo-se de um direito adquirido, de índole constitucional, estão afastados da carreira, porque não se lhes aplica a vedação do art. 128, § 5º inciso lI, e suas alíneas -- especialmente alínea "d" -- ao corpo permanente da Carta Magna.
>
> A prevalecer o dispositivo, haveria, ademais, restrição a uma vantagem – a Promoção – em franca ofensa ao preceito das disposições transitórias acima reproduzido.
>
> Embora a eficácia do artigo em comento seja condicionada aos termos de outra lei, é certo que nele se contém, relativamente ao computo da antigüidade dos membros do Ministério Público da União, para efeito de promoção, uma diretriz que, por si só, traduz restrição ao direito adquirido

33 SOUZA, Renee do Ó. Proporcionalidade na aplicação de penalidades administrativas. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, n. 02, jul. 2016.

34 Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1993/leicomplementar-75-20-maio-1993-354948-veto-19213-pl.html>. Acesso em: 19 abr. 2017.

> daqueles membros que não se encontram em efetivo exercício do cargo, sob o amparo do citado art. 29, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.
>
> Com efeito, sendo-lhes assegurada tal antigüidade por força da legislação anterior, a norma teria o efeito de cercear, quando não eliminar, o direito à promoção.

Como se vê, no aludido veto, constou expressamente o entendimento de que ao membro do MP admitido antes de 1988 se aplicam as vedações preexistentes.

Nesse diapasão, Garcia afirma que, na hipótese de opção pelo regime anterior, este deverá ser aplicado em sua integralidade: garantias, vantagens e vedações[35].

Em relação à forma pela qual deveria ser exercida a opção facultada ao membro do Ministério Público, observa-se que o dispositivo constitucional em discussão nada mencionou a respeito, tampouco estabeleceu algum prazo para seu exercício.

A doutrina se posiciona pela necessidade de manifestação expressa. Assim, leciona Mazzilli:

> Da norma constitucional que facultou a opção somente pode valer-se quem já era membro da instituição na data da promulgação da Constituição; outrossim, a opção só se admite seja externada previamente e de forma expressa por quem venha a afastar-se da carreira[36].

Quanto ao lapso temporal, apesar do silêncio da Norma Constitucional, a LC nº 75/1993 estabeleceu, em seu art. 281, parágrafo único, o prazo de 2 (dois) anos, contado da promulgação da LC, para o membro do MPU exercer a opção entre o novo ou antigo regime jurídico, prevendo, ainda, a possibilidade de retratação no prazo de 10 (dez) anos[37].

Em face de tais considerações, à luz do art. 29, § 3º, do ADCT, e LC nº 75/1993, pode-se concluir que: a) a opção pelo regime jurídico anterior deve ser expressa e realizada no prazo de 2 anos, a contar da promulgação da LC 75/1993, caso em que, não feita expressamente, prevalece o regime atual de garantias, prerrogativas e vedações; e b) o regime disciplinar aplicável ao membro do MPU que optou, na forma prevista, pelo regime anterior é aquele preexistente à nova ordem constitucional.

Agora, quando se fala em opção ao regime anterior, as perguntas que vêm à mente são: Qual o arcabouço normativo do regime anterior (CF e leis)? Qual a diferença entre o regime atual, consagrado pela CF/88 e o regime anterior?

35 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 552.

36 MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 279.

37 Art. 281. Os membros do Ministério Público da União, nomeados antes de 5 de outubro de 1988, poderão optar entre o novo regime jurídico e o anterior à promulgação da Constituição Federal, quanto às garantias, vantagens e vedações do cargo.
Parágrafo único. A opção poderá ser exercida dentro de dois anos, contados da promulgação desta lei complementar, podendo a retratação ser feita no prazo de dez anos.

A ordem constitucional anterior era dada pela EC n º 1, de 17 de outubro de 1969, que fez menção expressa ao Ministério Público nos arts. 94 a 96[38].

Observa-se, inicialmente, que esses dispositivos relativos ao Ministério Público estão inseridos no Capítulo VII do Texto Constitucional, denominado "Do Poder Executivo". Além disso, da leitura dos dispositivos constitucionais da ordem anterior, verifica-se que não foi estabelecida a vitaliciedade como garantia, uma vez que, expressamente, possibilitou a demissão dos membros do MP por processo administrativo em que seja garantido o exercício da ampla defesa.

Nesse aspecto, pode-se dizer que o regime anterior garantiu aos membros do Ministério Público a estabilidade no cargo, e não a vitaliciedade. Tanto que quando a CF/69 teve a intenção de falar em vitaliciedade o fez expressamente, como ocorreu com o Poder Judiciário (art. 113, I).

A possibilidade de perder o cargo por decisão administrativa é uma das características que distingue a vitaliciedade da mera estabilidade. Como ensina Mazzilli, a partir da CF/88, não mais se admite a perda do cargo de membro por mera decisão administrativa interna, pois isso desfiguraria a vitaliciedade, enquadrando a situação como mera estabilidade[39].

Deve-se mencionar, porém, que, diferentemente do entendimento aqui adotado, o CNMP, no exame de um caso concreto, por maioria (7x5), considerou que a vitaliciedade é garantia da sociedade brasileira, e não prerrogativa do membro do MP e, por esta razão, reconheceu a vitaliciedade a membro submetido ao regime anterior[40].

No que se refere à inamovibilidade, o regime anterior previu a possibilidade de excepcionar essa garantia por meio de representação do procurador-geral, com fundamento em conveniência do serviço.

Não bastasse isso, diferentemente do que ocorreu com a magistratura, à qual foram estabelecidas algumas vedações[41], não houve previsão expressa, na CF/69, de proibições aos membros do Ministério Público, atribuindo-se tal tarefa ao legislador, nos termos dos arts. 94 e 96.

---

38 Art. 94. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos juízes e tribunais federais.
Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
§ 1º Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos; após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, nem removidos a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.
§ 2º Nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual.
Art. 96. O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior.

39 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209.

40 CNMP. PAD nº 000326/2013-60. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/2090-sessao-do-plenario687>. Acesso em: 2 maio 2017.

41 Art. 114. É vedado ao juiz, sob pena de perda do cargo judiciário: I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição; II - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, porcentagens nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; e III - exercer atividade político-partidária.

O MPU, quando do advento das CF/67 e 69, era regido pela Lei nº 1.341/1951, denominada Lei Orgânica do Ministério Público da União. Nos termos do art. 16 da Lei Federal nº 1.341/1951, os membros do MP efetivos não poderiam ser privados de seus cargos, nem removidos compulsoriamente, salvo nos casos previstos na Constituição. O art. 18, por sua vez, estabeleceu algumas vedações[42].

Diante de tal cenário, apesar de o regime anterior, a nosso sentir, não garantir a vitaliciedade, mas sim a estabilidade, certo é que o regime de vedações pretérito é menos rígido que o atual, possibilitando aos membros que fizeram a opção expressa, no prazo legal, o exercício de atividades que, no modelo atual, são proibidas aos membros do Ministério Público da União.

5. MODALIDADES DE CONTROLE DISCIPLINAR

Com o advento da EC nº 45/2004, surgiu o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de natureza constitucional, com atribuições de controle administrativo e financeiro do Ministério Público Brasileiro e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Não obstante, no início, ter sido questionada a constitucionalidade do controle externo, a Suprema Corte colocou uma pá de cal na questão, concluindo que sua existência não afronta os termos da Lei Maior[43].

A partir de então, pode-se dizer que foi consagrada a existência de duas modalidades de controle disciplinar, expressamente previstas no art. 130-A, § 2º, inciso III, do texto constitucional, quais sejam: controle externo (CNMP) e controle interno (própria instituição).

Nesse contexto, a Corregedoria, seja interna (Geral) ou externa (Nacional), foi o órgão previsto com a atribuição de recebimento e processamento das reclamações e denúncias relativas a membros da instituição. Dispõe de diversos instrumentos para realização de sua atribuição orientadora e fiscalizadora, incumbindo-lhe as funções executivas de correição (geral e extraordinária) e inspeção.

---

42 Art. 18. Os membros do Ministério Público da União são proibidos de
a) requerer, advogar ou praticar, em juízo ou fora dele, atos que, por qualquer forma, colidam com as funções de seu cargo;
b) exercer procuratórios, ou requerer perante qualquer repartição pública federal, estadual ou municipal, salvo quando direta e pessoalmente interessados;
c) contratar, direta ou indiretamente, por si ou como representante de outros, com os governos federal, estadual e municipal, entidades autárquicas ou organizações de qualquer natureza, mantidas pelo poder público, ou em que a Fazenda Pública fôr acionista ou interessada, e com as associações sindicais, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes;
d) dirigir ou gerir bancos, companhias, empresas ou estabelecimentos, sejam ou não subvencionados; requerer ou promover a concessão de privilégios, garantias de juros ou outros favores semelhantes, exceto o privilégio de invenção própria;
e) praticar outros atos que incidam nas proibições constantes de leis gerais sôbre o exercício da função pública.
Parágrafo único. As faltas previstas neste artigo serão apuradas em processo administrativo e importarão em suspensão de três a seis meses e, na reincidência, em demissão.

43 No julgamento da ADIn 3367-1/DF, de relatoria do Min. Cezar Peluso, o STF decidiu que a existência do controle externo do Poder Judiciário, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, está em consonância com o texto constitucional, inexistindo afronta ao princípio da separação dos poderes. Embora a análise tenha sido feita com foco no CNJ, não há dúvidas de que o mesmo entendimento se aplica ao CNMP.

Diversamente do que ocorre em relação ao corregedor nacional, os corregedores-gerais, em regra, somente fiscalizam as atividades dos membros do Ministério Público, não o fazendo no que tange aos serviços auxiliares. Consequentemente, a fiscalização dos serviços auxiliares fica concentrada com o procurador-geral do respectivo ramo ou com quem tenha recebido essa atribuição por delegação[44].

Vale lembrar que o controle disciplinar, seja interno ou externo, pode dar-se de maneira preventiva ou repressiva. No primeiro caso, efetiva-se por meio da função orientadora, tendo como principais instrumentos a recomendação e a consulta. No segundo caso, havendo indícios de irregularidade, dispõe-se dos instrumentos de apuração previstos nas normas de regência.

5.1. Controle disciplinar externo

Como visto no tópico anterior, o controle externo do MP surgiu com o advento da reforma constitucional, concretizada por meio da EC nº 45/2004, sendo exercido pelo CNMP, a quem incumbe a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar dos membros ministeriais.

Desde o início, a extensão da competência disciplinar do CNMP em relação às Corregedorias locais foi motivo de debate. A dúvida centrava-se na redação do art. 130-A, § 2º, III, que dispôs que a atividade disciplinar do CNMP se daria sem prejuízo da competência disciplinar e correcional dos órgãos locais.

Muitos defenderam, e ainda defendem[45], que a melhor interpretação a ser dada ao citado dispositivo constitucional só pode levar à conclusão de que a atuação disciplinar do CNMP é subsidiária, ou seja, só deve ocorrer nas hipóteses em que os mecanismos internos de controle não tenham dispensado uma solução adequada em prazo razoável.

Ocorre que o STF, no julgamento da ADIn 4638 DF (relator Min. Marco Aurélio, DJe 30/10/2014)[46], decidiu, por maioria, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem competência concorrente com as Corregedorias locais, podendo iniciar as investigações em desfavor dos magistrados, sem precisar expor seus motivos ou demonstrar a falha da apuração na origem. Apesar de se referir ao CNJ, a aplicação desse entendimento, por simetria, foi estendida ao CNMP, como expressamente já reconheceu a Suprema Corte[47].

Na prática, sem abrir mão de sua competência disciplinar originária e concorrente, via de regra, a Corregedoria Nacional, ao tomar conhecimento da

44 GARCIA, Emerson. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 21-22, 2016.

45 GARCIA, Emerson. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 22/23, 2016.

46 A Associação Nacional dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 1.235, de 13 de julho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre o procedimento administrativo disciplinar aplicável às infrações praticadas por magistrados e, em seu art. 12, prevê que cabe ao Tribunal a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, sem prejuízo da atuação do CNJ.

47 STF. MS 28.810/DF. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. DJe 09/12/2015.

existência de irregularidade, solicita informações da origem e, caso o órgão de controle local já tenha instaurado ou venha a instaurar algum tipo de procedimento para apuração, passa a acompanhá-lo, nos autos de uma reclamação disciplinar (RD) para, se for o caso de atuação insuficiente, avocá-lo ou propor pedido de revisão.

Entre os procedimentos e processos administrativos, previstos no RICNMP (art. 37), destinados a instrumentalizar o comando constitucional consagrado no art. 130-A da CF destacam-se: Inspeção, Correição, Reclamação Disciplinar, Sindicância, Representação por Inércia ou Excesso de Prazo, Processo Administrativo Disciplinar, Revisão de Processo Disciplinar, Avocação, Remoção por Interesse Público, Pedido de Controle Administrativo.

Não é demais lembrar que à Corregedoria, órgão administrativo do CNMP, incumbe receber e processar as reclamações feitas aos membros do Ministério Público, podendo realizar investigações preliminares e, até mesmo, propor a instauração de Processo Administrativo Disciplinar "*ad referendum*" do Plenário [48].

Em relação ao controle disciplinar externo, deve-se mencionar um importante documento, denominado "Carta de Brasília", assinado no dia 22 de setembro de 2016, durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público. A Carta de Brasília traz novos rumos para a atividade correcional, alinhada ao Ministério Público resolutivo, em busca da transformação social consagrada no art. 3º da CF. Trata-se, na verdade, de um acordo de resultados firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias do MP, para a modernização do controle da atividade extrajudicial, com enfoque na orientação e priorização da atuação preventiva[49].

5.1.1. Instrumentos de apuração

A Corregedoria Nacional, ao tomar ciência da existência de alguma irregularidade, seja por meio das correições ou inspeções, seja por meio de denúncias propostas por qualquer interessado, dispõe de alguns mecanismos para apuração dos fatos.

De acordo com o RICNMP, os principais instrumentos investigativos conduzidos pela Corregedoria Nacional são: reclamação disciplinar e sindicância. Como veremos mais adiante, o Processo Administrativo Disciplinar, embora também seja um dos instrumentos disponíveis para apuração das infrações disciplinares, pode ter sua instauração proposta pela Corregedoria Nacional, "*ad referendum*" do Plenário, sendo conduzido e instruído, contudo, por um Conselheiro relator, com julgamento pelo Plenário da Casa.

48 O STF, em decisão da lavra do Min. Gilmar Mendes, nos autos da ADIn 5.125/DF, deferiu medida cautelar, *ad referendum* do Pleno, para conferir interpretação conforme aos arts. 18, VI, segunda parte, e 77, IV, do RICNMP, a fim de determinar que a instauração do processo administrativo disciplinar se dê *ad referendum* do Plenário e suspender a aplicação do § 3º do art. 77, que proíbe a interposição de recurso da decisão de afastamento do acusado.

49 Carta de Brasília. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel orientador das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. II, p. 375, 2017.

A título de ilustração, a Corregedoria Nacional, ao longo de 2016, determinou a instauração de 35 procedimentos punitivos. No mesmo ano, foram autuados 535 procedimentos só na Corregedoria Nacional, sendo, desse total, 439 reclamações disciplinares e 14 sindicâncias[50].

Cabe registrar ser de suma importância o cumprimento do lapso temporal previsto para conclusão dos procedimentos administrativos disciplinares, principalmente, pela exiguidade dos prazos prescricionais previstos na LC nº 75/1993.

Por fim, interessante mencionar a edição da Resolução do CNMP nº 136, de 26 de janeiro de 2016, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Informações de natureza disciplinar no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, cujo objetivo é concentrar e organizar informações sobre todos os procedimentos de natureza disciplinar e correlatos. Essa ferramenta, ao permitir um mapeamento e análise dos dados disciplinares, é de grande utilidade na atuação orientadora do órgão de controle disciplinar.

5.1.1.1. Reclamação disciplinar

A reclamação disciplinar (RD), prevista no art. 130-A, § 2º, inciso III, da CF/88, e regulamentada nos arts. 74 a 80 do RICNMP, é o procedimento investigativo instaurado a partir de notícia de falta disciplinar atribuída a membro ou servidor do Ministério Público, apresentada por qualquer interessado. Pode ser oriunda, também, das correições e inspeções realizadas.

Trata-se de procedimento preliminar, que tem como finalidade colher informações iniciais a respeito da autoria e materialidade da suposta infração. Dada sua natureza inquisitória, não há que se falar em garantia do contraditório e ampla defesa, tampouco pode ensejar a aplicação de penalidade.

Entre os requisitos necessários para prosseguimento da RD, figuram a descrição dos fatos, a identificação do reclamado, a qualificação do reclamante, com cópia do documento de identidade, CPF ou CNPJ e comprovante de endereço, nos exatos termos do art. 36, § 1º e 75 do RICNMP.

Não obstante seja possível conceder prazo, em tempo razoável, para regularização, certo é que, a depender da gravidade, relevância ou verossimilhança dos fatos noticiados, a ausência de qualificação pode ser suprida por decisão fundamentada do corregedor, que passará a agir, de ofício, na instrução do feito.

Na hipótese de os fatos narrados indicarem, de plano, a inexistência de infração disciplinar ou ilícito penal, a RD será arquivada prontamente, com ciência ao Plenário e ao reclamante.

Preenchidos os requisitos formais e não sendo a hipótese de arquivamento liminar, o corregedor nacional pode adotar um dos seguintes caminhos: a) notificar

50 CNMP. Relatório Anual de atividades da Corregedoria Nacional do Ministério Público, 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio_anual_2016_v5.pdf>. p. 04-07. Acesso em: 17 abr. 2017.

o representado para apresentar informações no prazo de 10 dias; b) determinar a realização de diligências para verificação da verossimilhança dos fatos imputados; c) encaminhar a RD para a Corregedoria de origem para que: c1) instaure procedimento, caso tenha tomado conhecimento apenas com a comunicação da Corregedoria Nacional; c2) informe a preexistência de procedimento disciplinar sobre os fatos; ou c3) apresente justificativa para arquivamento das peças encaminhadas.

Adotando-se a estratégia de solicitar informações à Corregedoria Local, caso seja noticiada a existência de procedimento administrativo para apuração dos mesmos fatos, a RD passa a ter como objeto o acompanhamento da atuação da origem para, se for o caso, determinar o arquivamento se se entender que a atuação foi suficiente ou avocá-lo e, até mesmo, propor pedido de revisão.

Em relação à possibilidade de decretação de sigilo, oportuna é a distinção feita por Lima, entre sigilo da reclamação e o de sua autoria. Segundo explica, no primeiro caso, a restrição pode alcançar terceiros (publicidade externa) ou somente os interessados (publicidade interna). Nesse quadro, enquanto a publicidade externa pode ser restringida para salvaguardar a intimidade dos interessados, a publicidade interna, por importar desigualdade, não seria admitida em relação ao interessado. No segundo caso, o sigilo da autoria, que não se confunde com anonimato, seria possível, cabendo ao corregedor, de acordo com as circunstâncias do caso, resguardar os dados do denunciante até decisão definitiva[51].

Ao final, convencido da inexistência de infração, o corregedor nacional arquivará a RD. Caso contrário, prosseguirá determinando a instauração de sindicância para aprofundamento das investigações ou instauração de Processo Administrativo Disciplinar, se já houver indícios suficientes de autoria e materialidade.

5.1.1.2. Sindicância

A sindicância, nos termos do art. 81 do RICNMP, é o procedimento investigativo sumário destinado a apurar desvios funcionais dos membros e servidores do Ministério Público.

Enquanto a reclamação disciplinar tem como objetivo apurar, preliminarmente, a verossimilhança dos fatos imputados ou acompanhar o andamento do procedimento preexistente instaurado pela Corregedoria Local, a sindicância é o instrumento que permite o aprofundamento das investigações, devendo ser concluída no prazo de 30 dias, contados da publicação da portaria inaugural, com possibilidade de prorrogação (art. 81).

É importante ressaltar que a sindicância prevista no RICNMP é investigativa, e não punitiva. Quando a sindicância é punitiva, como ocorre, por exemplo, na

51 LIMA, Luis Gustavo Maia. A reclamação disciplinar como instrumento de investigação na Corregedoria Nacional. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 02, jul. 2016.

LOMP/MG[52], além de estabelecer a autoria e materialidade da irregularidade, permite a aplicação de penalidades, via de regra, mais brandas, como advertência ou suspensão, razão pela qual, assim como no processo disciplinar, devem ser observados o contraditório e a ampla defesa[53].

Diferentemente da reclamação disciplinar, a sindicância inicia-se com a publicação da portaria inaugural, expedida pelo corregedor, com a designação da comissão sindicante, composta por membros vitalícios do Ministério Público, que não poderão ocupar cargo de hierarquia inferior ao do sindicado. Além disso, a portaria deve conter, sempre que possível, a qualificação do sindicado, a exposição detalhada dos fatos e o prazo de conclusão.

Ato contínuo, será determinada a oitiva do sindicado para, querendo, apresentar suas alegações e provas que entender pertinentes, no prazo de 15 dias.

Encerrada a instrução, a comissão elaborará um relatório conclusivo, cabendo ao corregedor nacional arquivar a sindicância ou determinar a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, apontando, nesta hipótese, os fundamentos da decisão, a infração cometida e a sanção que entender cabível (art. 84).

5.1.1.3. Processo Administrativo Disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é o instrumento destinado a apurar a responsabilidade do membro ou servidor do MP por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com o cargo em que se encontre investido. Dada sua natureza punitiva, há de ser assegurado, obrigatoriamente, o contraditório e a ampla defesa.

Não é demais lembrar que a reclamação disciplinar e a sindicância não constituem pressupostos da instauração do PAD. Se houver indícios suficientes da autoria e materialidade da infração, pode ser instaurado diretamente.

No âmbito do PAD vigora o princípio da verdade real ou material, pelo qual não se busca a verdade trazida apenas pelas partes aos autos, exigindo-se que o julgador exerça papel ativo na busca das provas. Deve-se levar em consideração qualquer elemento de prova, não se dando guarida ao instituto da preclusão[54].

Se o corregedor nacional chegar à conclusão de que é o caso de instauração de PAD realizará a proposta ao Plenário do Conselho, a quem compete referendar ou não a instauração. Deliberada a instauração, o feito será distribuído a um conselheiro relator, que presidirá e instruirá o processo, tendo o prazo de 90 dias para conclusão dos trabalhos, prorrogável, motivadamente, pelo relator, em decisão a ser referendada pelo Plenário na primeira sessão subsequente.

52 Art. 234. A sindicância, de caráter sigiloso, tem por finalidade a aplicação da pena de advertência, mediante averiguação da conduta do membro do Ministério Público, podendo instruir, quando for o caso, o procedimento disciplinar administrativo.

53 COUTO, Reinaldo. *Curso de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 183-186.

54 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 458-459.

Da mesma forma que a sindicância, há necessidade da publicação da portaria de instauração, contendo a qualificação do acusado, exposição circunstanciada dos fatos imputados, previsão legal sancionadora e, se for o caso, rol de testemunhas.

O acusado pode ser afastado pelo relator "*ad referendum*" ou pelo Plenário do CNMP, pelo prazo previsto na Lei Orgânica. No caso do MPT, o art. 260, § 2º, da LC nº 75/1993 estabelece que o afastamento não pode ser superior a 120 dias.

Da leitura do RICNMP, verifica-se que não há designação de comissão processante. O relator deliberará sobre a realização de diligências necessárias à comprovação da autoria e materialidade dos fatos, determinando a citação pessoal do acusado para, querendo, apresentar defesa prévia, no prazo de 10 dias.

Na hipótese de o acusado não atender à citação e/ou não se fizer representar por procurador, será declarado revel, designando-lhe defensor dativo, sem prejuízo de constituir, a qualquer tempo, defensor de sua preferência. O acusado ou seu defensor devem ser intimados de todos os atos e termos do processo com antecedência mínima de 3 dias úteis.

Encerrada a instrução, o relator promoverá o interrogatório do acusado, que poderá requerer diligências complementares, que serão decididas pelo presidente do PAD. Havendo dúvida sobre a sanidade mental do acusado, o relator poderá propor a realização de exame por junta médica oficial.

Superada a fase de diligências complementares, o acusado terá vista dos autos por 10 dias, para apresentação de alegações finais. Transcorrido o prazo, com ou sem resposta, o relator analisará o conjunto probatório, elaborando relatório no qual proporá, fundamentadamente, o arquivamento, a absolvição ou punição do acusado, indicando, neste caso, a pena cabível e sua base legal.

5.1.1.4. Revisão de Processo Administrativo Disciplinar

A revisão de processo disciplinar está prevista no art. 130-A, § 2º, inciso IV, regulamentada pelos arts. 109 a 115 do RICNMP.

De acordo com os citados dispositivos normativos, os processos disciplinares contra membros do Ministério Público, definitivamente julgados há menos de um ano, poderão ser revistos de ofício ou mediante provocação de qualquer cidadão, sendo inadmissível a reiteração do pleito de revisão, sob os mesmos fundamentos.

Oportuno registrar que, segundo Andrade, o RICNMP, ao mencionar, no art. 109, o cabimento do pedido de revisão em relação a "procedimentos e processos administrativos", assim o fez em virtude da inexistência de tratamento uniforme nas diversas leis orgânicas do Ministério Público quanto às denominações dos instrumentos processuais e procedimentais nelas previstos. Assim, a dupla referência teve por escopo alcançar todos os procedimentos ou processos punitivos, em que

assegurado o contraditório e ampla defesa, pouco importando a denominação utilizada[55].

Ainda que se admita a revisão de procedimentos disciplinares não punitivos, certo é que, como bem destaca Andrade, não haveria óbice à instauração de processo administrativo disciplinar sobre os mesmos fatos no âmbito do CNMP, o que poderia ensejar, portanto, a falta de interesse da Corregedoria Nacional em formular pedido de revisão[56].

Além do trânsito em julgado da decisão há menos de 1 ano, o cabimento do pedido de revisão, nos termos do Enunciado nº 07 do CNMP, exige o enquadramento em uma das seguintes hipóteses: a) decisão contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos; b) decisão que se funda em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; c) quando, após a decisão, surgirem novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da absolvição ou da condenação imposta.

O prazo de 1 ano para o CNMP rever processo disciplinar instaurado contra membro do Ministério Público começa a fluir da publicação da decisão em órgão oficial[57].

De acordo com o art. art. 115 RICNMP, o alcance do pedido de revisão é amplo, podendo o Plenário instaurar ou determinar a instauração de PAD, alterar a classificação da infração, absolver ou condenar o agente ministerial, modificar a pena ou anular o processo. Aliás, a decisão monocrática, proferida pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do MS 30072/DF, manteve a decisão do CNJ que, em sede revisional, determinou a instauração de PAD. A Suprema Corte, portanto, reconheceu a amplitude do controle revisional do CNJ, admitindo a legitimidade para determinar a instauração de PAD e reconhecendo que a única limitação aparentemente imposta ao pedido de revisão seria temporal[58].

Por fim, deve ser levado em conta que a competência revisora conferida ao CNMP limita-se aos procedimentos disciplinares instaurados contra membros do Ministério Público Brasileiro, não sendo possível a revisão de processo disciplinar de servidor[59].

5.1.1.5. Avocação

A avocação, prevista no art. 130, § 2º, III, da Constituição Federal e regulamentada nos arts. 106 a 108 do RICNMP, configura-se quando o CNMP

55 ANDRADE, Ricardo Rangel de. Pressupostos da revisão de processo disciplinar no CNMP. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, n. 03, set. 2016.

56 ANDRADE, Ricardo Rangel de. Pressupostos da revisão de processo disciplinar no CNMP. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, n. 03, set. 2016.

57 STF. MS 26.540/DF. 2ª Turma. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. DJe 01/08/2014.

58 O Mandado de Segurança foi impetrado para discutir a legalidade da decisão do CNJ, que, em sede de processo de revisão disciplinar, determinou a instauração de PAD contra a impetrante, embora o TRT da 1ª região tivesse anteriormente decidido não instaurá-lo.

59 STF. MS 28.827/SP. 1ª Turma. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. DJe 09/10/2012.

solicita o deslocamento da tramitação do procedimento ou processo administrativo em curso contra membro ou servidor do Ministério Público, em situações de mora excessiva ou ineficiência da apuração efetuada na origem.

Verifica-se, portanto, que um dos requisitos para a avocação é que o procedimento ou processo disciplinar esteja em tramitação. Uma vez transitada em julgado a decisão do PAD, por exemplo, não há que se falar em avocação, mas sim em pedido de revisão.

O pedido de avocação pode ser formulado mediante proposição de qualquer conselheiro ou representação fundamentada de qualquer cidadão, dirigida ao presidente do Conselho, a quem caberá determinar sua autuação e distribuição a um relator.

Tratando-se o processo a ser avocado de sindicância, ou seja, de procedimento de natureza investigativa, deve ser observado o art. 108, § 2º, do Regimento Interno, que determina o encaminhamento ao corregedor nacional.

Decidindo o Plenário pela avocação, será realizada a comunicação imediata ao Ministério Público respectivo, para o envio dos autos no prazo máximo de 5 dias.

5.2. Controle disciplinar interno

O controle disciplinar interno é aquele realizado pelo próprio ramo do Ministério Público, estando previsto no art. 130-A, § 2º, inciso III, da Constituição e regulamentado pela LC nº 75/1993.

É interessante notar que, enquanto a Corregedoria-Geral realiza a apuração das infrações, a competência para aplicação das respectivas penalidades aos membros, quando for o caso, por meio do regular processo administrativo, é do respectivo Conselho Superior.

Com o objetivo de ilustrar a fiscalização interna realizada pelos diversos ramos do MPU, temos o seguinte cenário, conforme informações coletadas do relatório anual da Corregedoria Nacional[60]:

MPT	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Fase Investigatória	24	37	37	32	39	31	25	225
Inquérito Administrativo	7	2	9	9	16	10	6	59
PAD	0	0	1	5	3	0	2	11
Aplicação de Sanção	0	0	1	2	1	0	2	6
Sanção por PAD			100%	40%	33,3%		100%	68,3%

60 Na tabela, a fase investigatória inclui representações, expedientes administrativos, pedidos de providências, apurações sumárias, protocolados e expedientes. A fase de inquérito administrativo inclui procedimentos investigatórios preliminares, inquéritos administrativos, procedimentos administrativos preliminares, processos preliminares e sindicâncias. A fase de processo administrativo inclui processos administrativos disciplinares, procedimentos administrativos disciplinares ordinários e processos administrativos sumários. A nomenclatura procura abarcar os tipos das diversas leis orgânicas dos Ministérios Públicos. CNMP. *Relatório Anual de atividades da Corregedoria Nacional do Ministério Público*. 2016. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Relat%C3%B3rio_anual_2016_v5.pdf>. p. 13. Acesso em: 17 abr. 2017.

MPF	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Fase Investigatória	84	151	108	122	148	126	114	853
Inquérito Administrativo	4	16	3	6	9	9	4	51
PAD	1	0	0	0	1	2	8	12
Aplicação de Sanção	1	0	0	0	0	0	3	4
Sanção por PAD	100%				0%	0%	37,5%	34,4%

MPDFT	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Fase Investigatória	26	12	10	9	12	23	7	99
Inquérito Administrativo	5	6	5	10	12	5	2	45
PAD	3	1	2	3	4	3	4	20
Aplicação de Sanção	2	1	2	1	3	1	1	11
Sanção por PAD	66,7%	100%	100%	33.3%	75%	33,3%	25%	61,9%

MPM	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	TOTAL
Fase Investigatória	23	6	2	0	37	20	9	97
Inquérito Administrativo	1	0	1	0	0	0	0	2
PAD	0	0	2	0	0	0	0	2
Aplicação de Sanção	0	0	1	0	0	0	0	1
Sanção por PAD			50%					50%

Essas informações foram prestadas pelas Corregedorias Locais à Corregedoria Nacional e expõem as taxas anuais de aplicação de penalidade e a média final, considerado o período de 2010 a 2016.

5.2.1. Instrumentos de apuração disciplinar

Entre os instrumentos previstos para apuração das infrações disciplinares, a LC nº 75/1993 prevê as seguintes espécies: sindicância, inquérito administrativo e o processo administrativo disciplinar.

5.2.1.1. Sindicância

De acordo com o art. 246 da LC nº 75/1993, a sindicância é o procedimento que tem como objeto a coleta sumária de informações para instauração, se necessário, do inquérito administrativo.

Há que se ter cuidado para não confundir a sindicância interna com a sindicância prevista no âmbito do controle externo. A primeira assemelha-se com a reclamação disciplinar existente no CNMP e têm como objetivo a coleta sumária de informações. A segunda equipara-se ao inquérito administrativo, que será analisado logo em seguida. A única semelhança existente entre as duas modalidades de sindicância é que ambas têm natureza investigativa e não punitiva.

5.2.1.2. Inquérito Administrativo

Na forma prevista no art. 247 da LC nº 75/1993, o inquérito administrativo será instaurado pelo corregedor-geral, mediante Portaria, sempre que tomar conhecimento de infração disciplinar praticada por um agente ministerial.

A Portaria inaugural designará comissão de três membros para conduzir o inquérito, presidida pelo corregedor-geral, composta por integrantes da carreira, vitalícios e de classe igual ou superior à do indiciado.

As publicações relativas ao inquérito conterão o respectivo número, omitido o nome do indiciado, que será cientificado pessoalmente. O prazo para conclusão dos trabalhos e apresentação do relatório final é de 30 dias, prorrogável, no máximo, por igual período. A comissão procederá à instrução do feito, sendo-lhe facultado o exercício das prerrogativas outorgadas ao Ministério Público da União, o que significa, por exemplo, ter poderes de requisição.

Encerrada a instrução, será aberta vista ao indiciado para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias. Na sequência, a comissão encaminhará o inquérito ao Conselho Superior, acompanhado de seu parecer conclusivo, pelo arquivamento ou pela instauração do processo administrativo disciplinar, sendo que, nesta última hipótese, deve apresentar a súmula de acusação, com a exposição do fato imputado, as circunstâncias envolvidas e a capitulação legal da infração.

O Conselho Superior respectivo, em sua deliberação, poderá: a) determinar novas diligências; b) determinar seu arquivamento; c) instaurar processo administrativo, se acolhida a súmula de acusação; d) encaminhá-lo ao corregedor-geral, para formular a súmula de acusação, caso não acolha a proposta de arquivamento.

5.2.1.3. Processo Administrativo Disciplinar

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD), regulamentado nos arts. 252 a 260 da LC nº 75/1993, instaurado por decisão do Conselho Superior, terá assegurado o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

A decisão que determinar a instauração do PAD designará comissão composta por três membros, escolhidos entre integrantes da carreira, vitalícios, e de classe igual ou superior à do acusado, com os motivos de sua constituição. Da comissão do processo disciplinar não poderá participar quem integrou a comissão de inquérito.

Da mesma forma que na sindicância, as publicações conterão o respectivo número, omitido o nome do acusado, que será cientificado pessoalmente. O prazo para conclusão do PAD e apresentação do relatório final é de 90 dias, prorrogável, no máximo, por 30 dias, contados da publicação da decisão que o instaurar.

O acusado será citado, de forma pessoal, com cópia da Portaria, do relatório final do inquérito e da súmula de acusação, cientificado do dia, hora e local do

interrogatório. Poderá oferecer defesa prévia, no prazo de 15 dias, por si ou por meio de defensor constituído, contado do interrogatório, assegurando-lhe vista dos autos no local em que funcione a comissão.

Caso o acusado não apresente defesa, a comissão nomeará defensor, entre os integrantes da carreira e de classe igual ou superior à sua, reabrindo-se-lhe o prazo para defesa prévia.

Encerrada a instrução, o acusado terá o prazo de 15 dias para razões finais. Vencido o prazo para razões finais, a comissão remeterá os autos, dentro de 15 dias, ao Conselho Superior, instruído com relatório dos seus trabalhos.

Cumpre consignar que, enquanto o relatório da comissão de inquérito é conclusivo, ou seja, deve indicar o encaminhamento (arquivamento ou acusação), o relatório da comissão do processo disciplinar não é conclusivo, contendo apenas uma descrição dos trabalhos realizados.

O Conselho Superior, apreciando o processo administrativo, poderá: a) determinar novas diligências; b) propor o arquivamento ao procurador-geral; c) propor ao procurador-geral a aplicação de sanções que sejam de sua competência; d) propor ao procurador-geral o ajuizamento de ação civil para demissão do membro com garantia de vitaliciedade ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Havendo razões que indiquem que a permanência do acusado em suas funções será inconveniente ao serviço ou à apuração dos fatos, poderá o Conselho Superior determinar, fundamentadamente, o afastamento preventivo do indiciado, que não poderá ultrapassar o prazo de 120 dias.

Por fim, nos termos do art. 261, aplicam-se subsidiariamente ao PAD as normas do Código de Processo Penal.

5.2.1.4 Revisão de Processo Administrativo Disciplinar

A LC nº 75/1993 prevê, nos arts. 262 a 265, a possibilidade de revisão, a qualquer tempo, do processo disciplinar que houver resultado a imposição de penalidade administrativa, desde que se apresentem fatos ou circunstâncias suscetíveis de provar a inocência ou justificar o abrandamento da pena ou quando a sanção tenha se fundado em prova falsa.

A instauração da revisão, que seguirá o rito do PAD, poderá ser determinada de ofício, a requerimento do interessado, ou, se falecido, do seu cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

É importante notar que não poderá atuar na comissão revisora quem haja atuado em qualquer fase do processo em revisão. Julgada procedente, será tornada sem efeito a sanção, com o restabelecimento, em sua plenitude, dos direitos por ela atingidos, exceto se for o caso de aplicar-se sanção menor.

6. CONTROLE DISCIPLINAR E ATIVIDADE FINALÍSTICA

A existência do controle disciplinar muitas vezes se choca com situações que estão amparadas no princípio constitucional da independência funcional dos membros do Ministério Público.

Não por outra razão que o CNMP editou o Enunciado 06, de 28 de abril de 2009, segundo o qual os atos relativos à atividade-fim são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, da CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da instituição.

Ocorre que, apesar da insindicabilidade da atividade finalística, reconhecida, inclusive, pela Suprema Corte[61], a independência funcional não pode ser invocada para justificar a omissão no cumprimento dos deveres funcionais. A independência funcional existe para resguardar o agente na escolha de um caminho entre várias alternativas viáveis e legais, e não para que possa se omitir impunemente ou descumprir dolosamente um dever funcional. Se há dever legal desrespeitado, deve haver responsabilidade pela inércia ou omissão[62].

Ademais, embora a regra seja a impossibilidade de controle disciplinar dos atos finalísticos dos membros do Ministério Público, não há como deixar de considerar a existência de exceções. Nesse caminho, merecem destaque as hipóteses consideradas por Cabral: a) instrumentalização dolosa das funções ministeriais para a prática de delitos; b) distorção dolosa do direito; c) distorção imprudente do direito[63].

Na primeira situação, enquadrar-se-ia a prática de atos ministeriais que visassem alcançar dolosamente finalidades ilícitas. O segundo caso configurar-se-ia quando, apesar da aparente legalidade, o ato do agente do Ministério Público fosse manifestamente injusto e o membro tivesse plena consciência dessa injustiça. A última exceção alcançaria os atos plenamente desfundamentados, praticados com distorção grave do direito ou distorção dos fatos por imprudência grave.

Nesse cenário, partindo-se da premissa de que a insindicabilidade, como todo e qualquer direito, não é absoluta, pode-se dizer que as exceções apresentadas trazem novos ares, apontando novos caminhos para a questão da possibilidade de responsabilização administrativo-disciplinar do membro do Ministério Público por condutas praticadas em sua atividade finalística.

61 STF. MS 28028/ES. 2ª Turma. Relator(a): Min. Cármen Lúcia. DJe 07/06/2013.

62 MAZZILLI, Hugo Nigro. Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 194, 2016.

63 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. Corregedoria e os Princípios Institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 38, 2016.

7. PRESCRIÇÃO

A prescrição, compreendida como a perda de uma pretensão pelo decurso de determinado lapso temporal, pode ser vista como um castigo à negligência daquele que deixou transcorrer "*in albis*" o prazo para adoção de certa medida. Porém, pode ser entendida, também, como fundamento da paz e segurança das relações sociais.

Considerando que, entre os fundamentos da responsabilidade disciplinar se encontra a promoção da ordem, da normalidade e do aperfeiçoamento funcional, mister se faz, para que isso seja alcançado, que não exista acentuada distância entre a falta praticada e a respectiva punição.

Costa afirma que a doutrina distingue a prescrição da falta disciplinar da prescrição da sanção disciplinar. Enquanto a primeira ocorre quando não é promovida, no prazo legal, a responsabilização do agente, a segunda se concretiza quando a sanção, embora já reconhecida, deixa de ser aplicada durante certo lapso de tempo. Para ele, aliás, não existe no direito brasileiro nenhum regime disciplinar que regulamente a prescrição da pena imposta, salvo se se admitisse a aplicação analógica do Direito Penal[64].

A LC nº 75/1993, em seu art. 244, estabelece que prescreverá: a) em 1 ano, a falta punível com advertência ou censura; b) 2 anos, a falta punível com suspensão; c) 4 anos, a falta punível com demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

O parágrafo único do mencionado dispositivo, estabelece que a falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá com este.

Nesse aspecto, em relação ao regime penal da prescrição disciplinar, Couto entende que, para os ilícitos disciplinares que também configurem ilícito criminal, o prazo prescricional da lei penal apenas será aplicável se a infração penal estiver sendo apurada na esfera própria. Logo, para ele, caso o crime não esteja sendo apurado na esfera criminal, conservam-se os prazos previstos no estatuto funcional[65]. No entanto, existem diversas decisões do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso, assentando que basta a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional da lei penal, sendo desnecessária a instauração da ação penal.[66]

Quanto ao início do prazo prescricional, a LC nº 75/1993 estabelece que se dará a partir do dia em que a falta for cometida ou do dia em que tenha cessado a continuação ou permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.

64 COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 231.

65 COUTO, Reinaldo. *Curso de processo administrativo disciplinar e sindicância*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 171.

66 STF. MS n. 24.013/DF, Redator para o acórdão: Ministro Sepúlveda Pertente, Plenário, DJ 1.7.2005; Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.506/DF, Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.3.2015; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.965/DF, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.10.2012.

A instauração de processo disciplinar, aqui compreendido em seu termo técnico e estrito, não englobando, portanto, os procedimentos de natureza investigativa (sindicância e inquérito administrativo) interrompe a prescrição. A citação para a ação da perda do cargo também opera como causa interruptiva. Ressalte-se, contudo, que o PAD declarado nulo não interrompe o prazo prescricional[67].

Por fim, é interessante a observação feita por Pires, no sentido de que o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público reafirmou, no julgamento da Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00190/2016-11, o entendimento de que a instauração de processo administrativo disciplinar é causa interruptiva híbrida, uma vez que não só interrompe, como também obsta o reinício do curso do prazo prescricional em virtude de sua eficácia suspensiva, o qual deve ser retomado, por inteiro, após o decurso do prazo legal máximo previsto para a conclusão do processo disciplinar[68].

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle disciplinar dos membros do Ministério Público da União, embora não seja o único, é um dos caminhos para o aperfeiçoamento da instituição. Mas não é só. Como vimos, além do progresso institucional, atua como verdadeira garantia da sociedade, ao monitorar e exigir o cumprimento da missão constitucional do *Parquet*.

No exercício dessa fiscalização, devem-se levar em consideração as diferentes situações vivenciadas pelos membros, nas mais diversas localidades, seja em relação à demanda e problemas enfrentados, seja em relação às estruturas física e material disponíveis para o exercício das atribuições.

Nesse contexto, a atividade disciplinar deve ser exercida de tal forma a se obstar, de um lado, a presença do corporativismo como protecionismo exacerbado e, de outro, que seja utilizada como mecanismo de perseguição infundada.

O fato de se dar enfoque ao papel fiscalizatório dos órgãos de controle não reduz a importância do aspecto orientador. Não se nega a necessidade de valorização da atribuição orientadora, como função primordial dos órgãos disciplinares, já que protege a sociedade ao reduzir a ocorrência de ilícitos e proporcionar ganhos de efetividade institucional, nos termos da Carta de Brasília.

O controle disciplinar realizado de forma efetiva, equilibrado, proporcional e razoável, à luz de suas reais finalidades, tem um importante papel no amadurecimento e evolução do Ministério Público.

A reflexão contínua a respeito do Ministério Público, considerando as transformações e o desenvolvimento social, induz ao surgimento de novas estratégias e instrumentos que permitam a melhoria do serviço disponibilizado à sociedade.

67 COUTO, Reinaldo. *Curso de processo administrativo disciplinar e sindicância*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 172.

68 PIRES, Filipe Albernaz. A inércia no exercício do poder punitivo como pressuposto da incidência da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 04, p. 13-15, out. 2016.

9. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Rangel de. Pressupostos da revisão de processo disciplinar no CNMP. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 03, p. 12-19, set. 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. Corregedoria e os Princípios Institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 29-47, 2016.

_____. A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 01, p. 14-18, jun. 2016.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância:* à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, José Armando da. *Direito Disciplinar:* temas substantivos e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Direito administrativo disciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 295-314, 2016.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Fundamentos de direito administrativo disciplinar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*: *O papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* Brasília, v. I, p. 11-27, 2016.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. O estatuto disciplinar dos membros do Ministério Público. *Boletim Científico da ESMPU,* Brasília, ano 7, n. 27/28, jul./dez. 2008.

LIMA, Luis Gustavo Maia. A reclamação disciplinar como instrumento de investigação na Corregedoria Nacional. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, n. 02, p. 24-29, jul. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: O papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público,* Brasília, v. I, p. 181-201, 2016.

PIRES, Filipe Albernaz. A inércia no exercício do poder punitivo como pressuposto da incidência da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional,* Brasília, n. 04, p. 13-15, out. 2016.

SOUZA, Renee do Ó. Proporcionalidade na aplicação de penalidades administrativas. *Boletim Informativo da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 02, p. 30-33, jul. 2016.

SISTEMA DE CONTROLE DISCIPLINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS: POSSÍVEIS APLICAÇÕES DE PRÁTICAS ORIENTADORAS AO SISTEMA BRASILEIRO

Lenna Luciana Nunes Daher[1]

Eduardo Pimentel de Vasconcelos Aquino[2]

Resumo: No segundo semestre de 2016, a Corregedoria Nacional do Ministério Público realizou uma série de estudos sobre o funcionamento do controle disciplinar de membros do Ministério Público Federal norte-americano. A intenção era estabelecer um marco de comparação e adotar, se e quando possível, práticas de excelência em gestão e de aperfeiçoamento das atividades de orientação, fiscalização e avaliação. O projeto tomou corpo aqui no Brasil como nos Estados Unidos, onde foram feitas visitas institucionais ao Departamento de Justiça e em outros órgãos afins. O presente artigo mostra-se como um dos produtos desse projeto. Nele, serão analisadas: (i) as funções do Ministério Público Federal dos Estados Unidos; (ii) o seu regramento disciplinar; (iii) os órgãos de controle ético-disciplinar dos membros; e (iv) aspectos prospectivos da adoção, no Brasil, de um mecanismo de orientação mais robusto, atendidas, também, as inovações da Carta de Brasília, de 22 de setembro de 2016. Ao final, são demonstradas algumas perspectivas de adoção de práticas orientadoras inspiradas no sistema norte-americano, em três vertentes: formação contínua dos membros em temas de ética profissional; criação de serviço permanente de orientação; e descentralização das Corregedorias, com a designação de corregedores-auxiliares para orientação funcional.

Palavras-chave: Ministério Público. Responsabilidade Profissional. Direito Comparado.

Abstract: In the second half of 2016, the Office of Professional Responsibility of the National Council of Prosecution Services conducted a series of studies on the ethical standards of United States Prosecutors. The intent was to establish a benchmark, and adopt, if possible, best practices in management and ethical monitoring. The project took shape here in Brazil, as in the United States, where visits were made to the Justice Department and other related bodies. This article shows itself as one of the products of this project. It will analyze (i) the functions of the United States Federal Public Prosecutor's Office, (ii) its disciplinary rules, (iii) the ethical-disciplinary control bodies, and (iv) prospective aspects of the adoption in Brazil of a more robust orientation mechanism, as well as the innovations of the Carta de Brasília, dated September 22, 2016. At the end, some perspectives are shown for the adoption of orienting practices inspired by the North American system, in three aspects: continuous training on issues of professional ethics;

1 Promotora de Justiça do MPDFT, coordenadora-geral da Corregedoria Nacional do Ministério Público, mestranda em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

2 Analista. Foi chefe de gabinete da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

creation of a permanent orientation service; and decentralization of the offices of professional responsibility, with the designation of assistant counsels.

Keywords: Public Prosecution. Professional Responsibility. Comparative Law Analysis.

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções Básicas sobre o Ministério Público Federal dos Estados Unidos e seu regramento disciplinar. 3. Órgãos de Controle Disciplinar do Ministério Público Federal Norte Americano. 3.1. Escritório do Inspetor-Geral (*Office of the Inspector General*). 3.2. Escritório de Responsabilidade Profissional (*Office of Professional Responsibility*). 3.3. Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibility Advisory Office*). 3.4. Escritório de Ética (*Departamental Ethics Office*). 4. Novas perspectivas para o controle preventivo disciplinar brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O primeiro volume da *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional* iniciou a abordagem do tema de estudo comparado entre os modelos disciplinares dos Ministérios Públicos brasileiro e norte-americano[3]. Naquele artigo, analisou-se, ainda que de forma sucinta, a estrutura do Ministério Público norte-americano, nos âmbitos federal e estadual, e o regramento ético-disciplinar aplicável aos integrantes da carreira, contextualizando-se historicamente o surgimento do principal órgão de controle no âmbito do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: o Escritório de Responsabilidade Profissional (*Office of Professional Responsibility*).

Após a publicação do artigo, a Corregedoria Nacional do Ministério Público iniciou uma série de tratativas para alcançar assento permanente no Fórum Global de Direito, Justiça e Desenvolvimento, sediado no Banco Mundial[4]. Por ocasião da missão oficial que se deslocou à cidade de Washington D.C. para entabulamento e assinatura do termo de parceria com o Banco Mundial, realizaram-se também visitas institucionais a entidades integrantes do Sistema de Justiça norte-americano, com o objetivo de realizar *benchmarking* sobre controle disciplinar. No âmbito do Departamento da Justiça, além do Escritório de Responsabilidade Profissional (*Office of Professional Responsibility*), foram visitados os demais três órgãos que completam a estrutura de controle ético-disciplinar dos promotores públicos na esfera Federal: o Escritório do Inspetor-Geral (*Office of the Inspector General*), o Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibity Advisory Office*) e o Departamento de Ética (*Departamental Ethics Office*).

Por meio das visitas institucionais, foi possível adquirir visão global sobre o sistema de controle ético-disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público Federal norte-americano, aprofundando-se o conhecimento a partir das entrevistas

3 ALMEIDA, Gregório Assagra de; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos. Ética na persecução da Justiça: os modelos disciplinares de Brasil e Estados Unidos. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p.417-438, 2016.

4 O Fórum Global é um espaço permanente para troca e construção de conhecimentos entre instituições de diversos países sobre desafios regionais, nacionais ou globais, com a temática Lei, Justiça e Desenvolvimento. Em 16 de setembro de 2016, a Corregedoria Nacional do Ministério Público tornou-se integrante permanente do Fórum Global, Lei, Justiça e Desenvolvimento. Para saber mais sobre a missão e os projetos do *Global Forum*, acesse a página eletrônica, disponível em: <http://www.globalforumljd.org/>. Acesso em: 6 fev. 2017.

com os titulares dos órgãos e do material coletado. O presente artigo, portanto, é resultado da pesquisa com os órgãos de controle ético-disciplinar do Departamento de Justiça norte-americano, proporcionada pela missão da Corregedoria Nacional do Ministério Público.

Pretende-se contextualizar o tema por meio de apresentação de noções básicas sobre a estrutura do Ministério Público Federal norte-americano e seu respectivo sistema normativo de responsabilidade funcional e normas éticas, para, então, adentrar o estudo dos quatro órgãos que têm como missão o controle ético-disciplinar no âmbito do Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

Conforme será demostrado, a pesquisa revelou grande ênfase do controle preventivo, missão de dois dos quatro órgãos que realizam o controle disciplinar dos funcionários do Departamento de Justiça norte-americano: o Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibility Advisory Office*) e o Escritório de Ética (*Departamental Ethics Office*). As duas unidades exercem basicamente funções de aconselhamento e de treinamento dos funcionários sobre questões éticas e disciplinares, com o objetivo de prevenir e de evitar a prática de ilícitos funcionais. O conhecimento dessa realidade norte-americana descortina possíveis aplicações das práticas de aconselhamento ao sistema disciplinar do Ministério Público brasileiro, o que será abordado no último tópico. Dessa forma, o artigo traz conclusões sobre uma nova perspectiva para o controle preventivo disciplinar brasileiro, mas também apresenta desafios para a sua implementação e deixa espaço para o necessário debate e amadurecimento sobre o tema.

2. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS E SEU REGRAMENTO DISCIPLINAR

O Ministério Público Federal norte-americano é uma divisão do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, um corpo de *prosecutors*, operadores da lei, responsáveis pela atividade de persecução criminal. Categoriza-se, de modo genérico, dentro da equipe de *advogados* (*attorneys*) do Departamento de Justiça, diferindo pela atividade específica, não de representação do Estado, mas de persecução penal, embora haja certa fluidez entre esses dois espaços.

Classificados genericamente como *advogados*, esses operadores estão sujeitos ao mesmo regramento disciplinar aplicável à advocacia nos Estados Unidos, desde normas construídas pelas cortes judiciais ao chamado Código Modelo de Conduta Profissional (*Model Rules of Professional Conduct*), compilado pela Ordem dos Advogados (*American Bar Association*). Na área criminal, a Ordem vem conformando, desde 1960, o *Standards of Criminal Justice*, com questões éticas levantadas especificamente nos processos penais.

O modelo da Federação norte-americana, formada por estados-membros com intensa autonomia, aduz outra questão relacionada à disciplina do Ministério

Público: mesmo os *federal prosecutors*, os membros do Ministério Público Federal, estão sujeitos aos códigos de conduta e disciplina estaduais, quando de sua atuação em cortes federais regionais. A regra ficou definida na Lei de Proteção do Cidadão, Emenda McDade (*Citizens Protection Act, "McDade Amendment"*), resposta do Congresso norte-americano ao regulamento interno do Departamento de Justiça que, ao contrário de códigos estaduais, permitia o contato de *federal prosecutors* com a parte investigada, sem necessidade da presença do advogado constituído[5].

Observe-se que os membros do Ministério Público também estão sujeitos às regras de disciplina do próprio Departamento de Justiça. Ainda mais profundamente, os diversos escritórios espalhados pelos Estados Unidos possuem suas próprias normas de conduta, fiscalizadas pelas chefias locais.

Nesse amplo quadro normativo, a doutrina norte-americana afirma que os membros

> estão sujeitos a um desnorteante feixe de regulamentos éticos, desde os locais aos do Departamento de Justiça, passando pelos estaduais", "a aplicação incongruente e sobreposta dessas regras disciplinares levou a uma confusão regulatória e inibiu o desenvolvimento de expectativas éticas claras por parte dos procuradores.[6]

Para Bruce Green, as regras comuns de disciplina normalmente não levam em consideração as especificidades da atividade juspersecutória do Ministério Público, e a grande quantidade de regulamentos levou os membros a adotarem uma *perigosa* retórica antirregulatória.[7]

Mas a disciplina do Ministério Público não se reduz às normas próprias da atividade advocatícia. Algumas leis do serviço público em geral também são aplicáveis. Antes de citá-las, é importante voltar na história americana até a década de 1970.

Em junho de 1972, cinco homens foram flagrados tentando implantar escutas no escritório do Comitê Nacional do Partido Democrata, no Edifício Watergate, em Washington, DC. Até a renúncia do então presidente Richard Nixon, membro do Partido Republicano, em agosto de 1974, um grupo de investigadores especiais e o Comitê Judiciário do Senado descobriram o envolvimento da Casa Branca e do Departamento de Justiça no escândalo. Dois procuradores-gerais da República (*attorneys general*) figuraram como envolvidos no caso.

John Mitchell foi condenado por conspiração, obstrução da justiça e perjúrio. Nas palavras de Judith Wish, "ficou provado que Mitchell participara do planejamento das violações ao escritório de Watergate, e que tentou, repetidamente, encobrir o envolvimento da Casa Branca no esquema"[8].

5 GREEN, Bruce. *Prosecutors and professional regulation*. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, United States of America, v. 25, p. 873-904, 2012, tradução livre.

6 TENNIS, Bradley T. Uniform ethical regulation of federal prosecutors. *The Yale Law Journal*, United States of America, v. 120, p. 147, 2010, tradução livre.

7 GREEN, Bruce, op. cit., p. 873 ss., tradução livre.

8 WISH, Judith B. The United States Department of Justice's Office of Professional Responsibility. In: INTERNACIONAL TRAINING COURSERA VISITING EXPERT'S PACERS, 143rd. *Paper*. Unafei [S.d]. (Resource Material Series n. 80, p. 269, tradução livre).

Richard Kleindienst confessou ter praticado falso testemunho perante o Comitê Judiciário do Senado. Admitiu que Nixon ordenara o arquivamento sumário do processo contra uma empresa que havia contribuído financeiramente para a convenção do Partido Republicano, que indicaria o presidente à reeleição.

> Ao se declarar culpado, Kleindienst admitiu que o presidente Nixon ordenara o arquivamento sumário de um processo contra a ITT. Nas gravações, agora disponíveis na internet, Nixon aparece ordenando o arquivamento do caso, sequer permitindo breve apresentação em Corte no dia seguinte, e determinando a Kleindienst que "ficasse fora disso".[9]

O escândalo resultou na desmoralização do Departamento de Justiça e, consequentemente, do Ministério Público, cujos operadores são responsáveis pela aplicação das leis federais nos Estados Unidos. Em resposta, foram aprovadas, em 1978, já sob a administração do presidente Jimmy Carter, normas de conduta ética para o serviço público federal: a Lei de Ética no Governo (*Ethics in Government Act*) e a Lei de Reforma do Serviço Público (*Civil Service Reform Act*), a primeira para trazer confiança à sociedade, prevenir o surgimento de conflitos de interesse e impedir pessoas inidôneas de ingressar no serviço público; a segunda com o objetivo de proteger o agente público contra desmandos políticos, instituindo o sistema meritório para entrada nas carreiras do Departamento de Justiça (*fair and open competition*) e um mecanismo de delação (*whistleblower*).[10]

Os dois principais atos de reforma pós-Watergate demonstram a preocupação da sociedade norte-americana com a repetição do uso de *federal prosecutors* em contendas políticas.[11] Outra lei nesse mesmo sentido é a denominada *Hatch Act*, de 1939 – antes, portanto, de Watergate – que já proibia os servidores federais, inclusive do Ministério Público, de realizar atividades político-partidárias.[12]

A literatura jurídica norte-americana é vasta no tocante à regulamentação da atividade do Ministério Público. Albert Alschuler[13] e Thomas Sullivan[14] discutem a prática de infrações graves realizadas em audiências judiciais; Scott Matheson[15] analisa as restrições profissionais à liberdade de expressão; Paul Secunda[16] chega a propor um novo código modelo, mais robusto quanto às obrigações profissionais do membro do Ministério Público.

9 Ibid, p. 269, tradução livre.

10 Ibid, p. 269 ss, tradução livre.

11 ALMEIDA, Gregório Assagra de.; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos, op.cit., p. 417 ss.

12 UNITED STATES OF AMERICA. Office of Special Counsel. *Hatch Act*. Disponível em: <https://osc.gov/pages/hatchact.aspx>. Acesso em: 1 mar. 2017.

13 ALSCHULER, Albert W. *Courtroom misconduct by prosecutors and trial judges*. United States of America: Texas Law Review, 1972.

14 SULLIVAN, J. Thomas. Prosecutorial misconduct in closing arguments in Arkansas criminal trials. *University of Arkansas Law Journal*, United States of America, v. 20, Issue 2, p. 215-263, 1998.

15 MATHESON JUNIOR, Scott M. The prosecutor, the Press, and free speech. *Fordham Law Review*, United States of America, v. 58, Issue 5, p. 867-938, 1990.

16 SECUNDA, Paul M. Cleaning up the chicken coop of sentencing uniformity: guiding the discretion of federal prosecutors through the use of the Model Rules of Professional Conduct. *American Criminal Law Review*, United States of America, v. 34, n. 3, p. 1267-1292, 1997.

É essencial a análise da intercorrelação entre as diversas normas, diz Fred Zacharias. Para avaliar a regulação da ética profissional dentro do Ministério Público norte-americano, importante determinar o objetivo dos códigos – realização da Justiça, em suma – e levar em consideração os constrangimentos internos e externos na atividade ministerial[17], a exemplo dos incentivos a altas taxas de condenação.

3. ÓRGÃOS DE CONTROLE DISCIPLINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DOS ESTADOS UNIDOS

Reflexo da falta de unidade da legislação sobre responsabilidade profissional do Ministério Público norte-americano é a divisão da atividade fiscalizatória e correcional em diversos escritórios do Governo.

O estudo comparado entre os Ministérios Públicos brasileiro e norte-americano enfrenta, nesse cenário, dificuldades em razão da diversidade de conformação normativa entre as instituições, que implica não só na atribuição de plexo de funções bastante distintas, como também na existência de estruturas internas bem peculiares.

No estudo do controle disciplinar dos membros do Ministério Público Federal norte- americano, a primeira distinção relevante é que não existe um único órgão responsável por concentrar a função de verificação do cumprimento dos deveres funcionais, como são as Corregedorias do Ministério Público brasileiro, que acumulam funções de caráter fiscalizador e também orientador.

Na sistemática norte-americana, a atividade é exercida essencialmente por quatro órgãos, que têm como missão o controle ético-disciplinar no âmbito do Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Dois deles exercem funções eminentemente fiscalizatórias, quais sejam: Escritório de Responsabilidade Profissional (*Office of Professional Responsibility – OPR*) e Escritório do Inspetor-Geral (*Office of the Inspector General)*. Doutra parte, paralelamente, atuam outras duas estruturas com atribuições essencialmente orientadoras: Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibity Advisory Office* – PRAO) e Departamento de Ética (*Departamental Ethics Office*).

As quatro estruturas foram visitadas pela equipe da Corregedoria Nacional do Ministério Público em Washington D.C., nos meses de setembro e dezembro de 2016, quando foram realizadas entrevistas com os dirigentes dos órgãos ou com seus representantes. A seguir, serão apresentados aspectos gerais relativos à organização administrativa de cada um dos órgãos, distinguindo suas atribuições dentro do sistema de controle ético-disciplinar do Ministério Público Federal norte-americano.

17 ZACHARIAS, Fred C. Specificity in professional responsibility codes: theory, practice, and the paradigm of prosecutorial ethics. *Notre Dame Law Review*, v. 69, Issue 2, p. 224-309, 1993.

3.1. Escritório do Inspetor-Geral (Office of the Inspector General)

O Escritório do Inspetor-Geral (*OIG*, na sigla em inglês) no Departamento de Justiça é instituição independente cuja missão é a de detectar e interromper desperdício, fraude, abuso e infrações em programas do Departamento, além de promover economia e eficiência.

Há mais de um escritório de inspetor-geral nos Estados Unidos. Esses órgãos foram criados – também em resposta a Watergate – para supervisionar algumas das agências do governo federal, uma delas o Departamento de Justiça, onde se encontram empregados os membros do Ministério Público. A Lei do Inspetor-Geral é de 1978, instituindo originalmente treze escritórios. Por conta da resistência do Escritório de Responsabilidade Profissional, o qual possuía competência amplíssima, o Escritório do Inspetor-Geral para o Departamento de Justiça apenas foi criado em 1988, retirando algumas das atribuições do *OPR*.

O inspetor-geral é pessoa indicada pelo presidente da República e aprovada pelo Senado, entre aquelas com demonstrada habilidade em auditoria, contabilidade, análise financeira, direito, análise de gestão ou conhecimento em administração pública ou investigação. O presidente da República pode destituir ou transferir de posto o inspetor-geral, devendo submeter as razões, por escrito, às duas Casas do Congresso.

Durante a visita da Corregedoria Nacional, o inspetor-geral relatou que a atuação do *OIG* é demasiado larga no âmbito do Departamento de Justiça, de modo que os maiores desafios do órgão variam da política carcerária aos fundos de pensão dos servidores: equilibrar os custos do sistema prisional; aperfeiçoar a ciber-segurança; incentivar a confiança da comunidade no serviço de polícia; assegurar supervisão efetiva dos agentes da lei, inclusive membros do Ministério Público; promover a confiança da população na conduta ética desses agentes; implementar gestão por performance e competência; proteger fundos de pensão etc.

O âmbito de competência do Escritório do Inspetor-Geral difere do Escritório de Responsabilidade Profissional na medida em que o segundo (*OPR*) cuida de condutas infracionais ligadas à atividade finalística dos membros do Ministério Público, nas áreas de investigação, litigância e consultoria, enquanto o primeiro (*OIG*) fica com o residual (ex.: uso indevido de veículo funcional etc.) e, além disso, realiza um trabalho amplo de auditoria em várias divisões do Departamento de Justiça. Vê-se que possui alguma semelhança com o Tribunal de Contas no Brasil.

As atividades do *OIG* devem ser publicadas semestralmente, com descrição de problemas, abusos e deficiências. Devem conter recomendações corretivas e a estatística de acompanhamento das recomendações de relatórios pretéritos, entre outras informações relevantes.

Os poderes e prerrogativas do inspetor-geral constam da Lei de 1978. São exemplos: poder de acessos a arquivos, relatórios, auditorias, revisões, documentos e quaisquer outros materiais dentro da agência fiscalizada; poder de audiência de

quaisquer pessoas, sob juramento, a respeito de investigações realizadas; poder de requisitar e empregar oficiais necessários à realização de suas atividades etc.

3.2. Escritório de Responsabilidade Profissional (Office of Professional Responsibility)

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos é uma das maiores agências de aplicação da lei no mundo, com aproximadamente cento e dez mil servidores, entre os quais dez mil advogados. Destes últimos, seis mil e trezentos são membros do Ministério Público (realizam persecução criminal). Nos últimos dez anos, o Departamento atuou em aproximadamente oitocentos mil casos envolvendo mais de um milhão de investigados.

O Escritório de Responsabilidade Profissional (*OPR*, na sigla em inglês) é a divisão do Departamento de Justiça responsável por processar reclamações disciplinares contra advogados e membros do Ministério Público empregados no Departamento, unicamente relacionadas às atividades de investigação, litigância e consultoria.

O órgão foi criado como resposta ao escândalo de Watergate. Apesar de se reportar diretamente ao procurador-geral, é tido por autônomo, possuindo uma equipe de aproximadamente vinte e cinco advogados de carreira.[18]

O processamento dos casos é feito por dois advogados assistentes e ocorre em número de oitenta a cem por ano, aproximadamente. Ao final da investigação, um relatório conclusivo é elaborado, indicando um dos seguintes resultados: infração disciplinar, desleixo, erro ou atuação idônea. O relatório é remetido ao chefe da divisão de ofício do investigado e à Ordem dos Advogados do estado-membro de inscrição. As punições podem variar da advertência escrita a demissão, passando pela suspensão sem vencimentos.[19]

Segundo dados estatísticos do próprio órgão, fornecidos durante a visita da Corregedoria Nacional, cinquenta e seis por cento das reclamações recebidas proveem de notificação dos juízes; vinte e sete por cento de servidores do próprio Departamento; doze por cento de cidadãos; e cinco por cento de outras agências do governo.

A missão do *OPR* é assegurar que os advogados e membros do Ministério Público atuem de maneira ética e em conformidade com as regras de conduta.

A investigação do *OPR* termina com a elaboração de um relatório sobre a conduta do investigado: análise dos fatos, da lei, dos códigos de conduta e das provas. Cinco são as categorias de conclusão: (1) atuação dolosa; (2) atuação culposa; (3) atuação aquém do esperado; (4) erro; (5) e atuação escorreita. Em dezenove por

18 ALMEIDA, Gregório Assagra de.; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos. Ética na persecução da Justiça: os modelos disciplinares de Brasil e Estados Unidos. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das corregedorias do Ministério Público*, Brasília p. 417-438, 2016.

19 Ibid.

cento dos casos, há falha de *compliance* (não observância das regras de conduta); outros treze por cento são abusos de autoridade, inclusive da independência funcional; treze por cento são abusos de representação ao Judiciário; sete por cento são casos de abuso de atuação perante o Júri; outros sete por cento são relativos à falha em representar a sociedade ou o Estado, a depender do caso; e, por fim, em aproximadamente quatro por cento dos casos, há falha de observância das chamadas regras de *Brady* e *Giglio* (precedentes judiciais que vinculam a atuação do membro). Os resultados das investigações demonstram que em quarenta e cinco por cento dos casos os acusados são absolvidos; em vinte e três por cento há infração disciplinar; em vinte por cento, erro escusável de atuação; e, em onze por cento, atuação aquém do esperado.

Existe previsão de recurso para a Unidade de Revisão de Infrações Disciplinares (*Professional Misconduct Review Unit – PMRU*), organismo à parte, especializado em revisão administrativa, mas sem poder de realizar nova investigação – o órgão escuta as partes e toma uma decisão a partir dos relatórios e das argumentações do investigado.

Em regra, os relatórios são sigilosos, compartilhados de modo excepcional, em razão do conteúdo sensível sobre o investigado e sobre eventuais testemunhas. A regra do sigilo, no entanto, não passa sem escrutínio da doutrina. Para Green, atribuir a um oficial do Departamento de Justiça a competência para disciplinar os membros do Ministério Público é como pedir "à raposa que vigie o galinheiro". O ceticismo sobre essa fiscalização é incrementado pelo fato de que o *OPR* divulga poucos detalhes sobre o seu trabalho. Apesar de o órgão elaborar relatórios anuais sobre sua atuação, tais documentos são intempestivos, não elencam os nomes dos investigados e oferecem poucos detalhes. As estatísticas sumárias do *OPR* indicam que a maioria das alegações não são investigadas e que grande parte das investigações nada concluem.[20]

O relatório conclusivo é também enviado para a ordem dos advogados do estado-membro em que o investigado possui a sua inscrição, mesmo no caso de membros do Ministério Público.

3.3. Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (Professional Responsibility Advisory Office)

O Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibility Advisory Office*) é o órgão do Departamento de Justiça do Governo Federal norte-americano responsável por aconselhar advogados e procuradores, empregados do governo federal, sobre questões disciplinares e dúvidas legais[21].

20 GREEN, Bruce A. Regulating federal prosecutors: let there be light. Yale Law Journal, United States of America, v. 118, 2009, *passim*, tradução livre.

21 UNITED STATES DEPARTAMENT OF JUSTICE. Disponível em: <https://www.justice.gov/prao>. Acesso em: 6 fev. 2017.

Criado em 14 de abril de 1999, o órgão tem como missão proporcionar aconselhamento e treinamento sobre como os funcionários devem lidar com seus deveres funcionais, cumprindo as normas aplicáveis de responsabilidade profissional.

As funções principais do órgão são:

- Proporcionar coordenação entre os integrantes da área de litígios do Departamento para defender advogados e procuradores em todos os casos em que seja alegado descumprimento de normas disciplinares;

- Servir de ligação entre as Ordens de Advogados estaduais e federal em assuntos relacionados à implementação e à interpretação do 28 U.S.C. 530B (*the Ethical Standards for Attorneys for the Government Act*) e para as emendas e revisões dos vários códigos de conduta profissional estaduais.

- Realizar treinamentos para os advogados e promotores sobre como decidir sobre questões éticas, compreendendo quais circunstâncias requerem a aplicação do 28 U.S.C. 530B (*the Ethical Standards for Attorneys for the Government Act*) ou de qualquer outra maneira implique aspectos de responsabilidade profissional.

O Escritório de Aconselhamento, portanto, tem como principal atribuição preparar os procuradores e advogados para o cumprimento dos deveres funcionais, evitando a prática de infrações disciplinares, seja por meio de treinamentos de caráter geral, seja por meio de aconselhamentos individuais sobre questões concretas. O órgão também tem como missão subsidiar a defesa do Estado norte-americano quando for alegado descumprimento de normas disciplinares por parte dos advogados ou procuradores vinculados ao Departamento.

As atividades de aconselhamento dizem respeito à aplicação do 28 U.S.C. 530B (*the Ethical Standards for Attorneys for the Government Act*), introduzido pela emenda McDade. Em resumo, conforme já apontado neste artigo, pela emenda McDade, os advogados e procuradores federais vinculados ao Departamento de Justiça norte-americano passaram também a se sujeitar aos mesmos regramentos éticos dos advogados privados, devendo seguir os normativos das Ordens dos Advogados dos Estados em que atuem.

Esse cenário de sujeição do procurador federal a inúmeras codificações de regras de responsabilidade profissional traz dificuldades para a compreensão e aplicação dos regramentos estaduais, razão pela qual a atividade de aconselhamento mostrou-se essencial para evitar ou reduzir a incidência de violações disciplinares. Daí o surgimento do órgão para a finalidade exclusiva de orientação funcional.

Importante destacar que o Escritório não emite aconselhamentos em relação ao exercício da atividade-fim em si, ou seja, à tomada de decisão pelos procuradores quanto à condução dos casos em que atuam. Isso quer dizer que o órgão não tem por missão aconselhar os procuradores a iniciarem ou não uma investigação ou persecução em juízo, a postularem por uma condenação, entre outras decisões quanto ao caso. Essas questões são concernentes à formação do convencimento dos

procuradores, em que não há intervenção do órgão de aconselhamento. O Escritório emite orientações apenas sobre implicações éticas, relacionadas à aplicação das normas de responsabilidade profissional dos advogados e procuradores federais.

A entrevista com a diretora do Escritório de Aconselhamento esclareceu aspectos revelantes sobre o fluxo de encaminhamento e tratamento das dúvidas no órgão. A forma de aconselhamento é bastante célere e desburocratizada. As dúvidas são encaminhadas pelos demandantes por via eletrônica (correio eletrônico) ou mesmo por telefone. O intervalo entre o recebimento do questionamento e a apresentação do aconselhamento é bastante exíguo, em geral não superior a um dia. O serviço de recebimento das demandas funciona todos os dias, durante 24 horas. A resposta pode ser fornecida oralmente ou por escrito, a depender do caso.

Todos os questionamentos e aconselhamentos são registrados em um banco de dados, disponível apenas para consulta interna pelos funcionários do Escritório, porque o teor das informações é protegido por sigilo. O aconselhamento tem natureza de orientação e não vincula o funcionário; entretanto, segundo a diretora do Departamento, a aderência ao teor do aconselhamento ocorre na quase totalidade das situações.

Os treinamentos sobre ética e responsabilidade profissional realizados pelo Órgão, todavia, são obrigatórios, consistindo em outra importante atribuição do Escritório de Aconselhamento. Nesse ponto, surge outra distinção da organização do Ministério Público brasileiro, em que a atividade de formação e atualização funcional dos membros e servidores é conduzida pelas Escolas Institucionais, especialmente os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceafs). Ainda que as Corregedorias do Ministério Público brasileiro devam ter papel relevante de cooperação e interlocução com os centros de formação, não planejam nem organizam por iniciativa própria os cursos de formação ou atualização. Doutro giro, o Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional norte-americano cumula as funções de emitir orientações e realizar treinamentos sobre as temáticas de sua responsabilidade.

De acordo com a diretora do Escritório, os treinamentos em sua maior parte são a distância, organizados em cooperação com Rede de TV Justiça (*Justice Television Network*). Também são realizados treinamentos em parceria com o Centro de Advocacia Nacional (*National Advocacy Center*), unidade integrante do Departamento de Justiça norte-americano. Os cursos têm caráter essencialmente prático e se utilizam de simulações de casos concretos para discussão e solução entre os discentes.

Como dito, a formação e a atualização dos advogados e procuradores federais norte-americanos nos temas relativos às normas de responsabilidade profissional são obrigatórias, o que demonstra a importância da formação ética preventiva para o Departamento de Justiça norte-americano.

Cabe destacar que a atuação do órgão de aconselhamento é descentralizada, tendo em vista que em cada escritório do Departamento de Justiça existe um oficial

de aconselhamento, com treinamento para torná-lo apto a fornecer prontamente orientações sobre os regramentos éticos e de responsabilidade profissional. Essa proximidade do funcionário que emite orientações permite sua atuação quase como um tutor ético dos demais empregados do setor, que acabam desenvolvendo relação de confiança para discutir fatos em andamento que estejam nos limites do que pode ser considerado ou não violação de dever funcional.

Nesse ponto, reside a explicação para a total independência entre os Escritórios que realizam orientações daqueles com viés fiscalizatório-punitivo. As notícias relativas ao descumprimento de normas disciplinares não são apuradas pelo Escritório de Aconselhamento, devendo ser dirigidas ao Escritório do Inspetor-Geral ou ao Escritório de Responsabilidade Profissional, a depender de sua natureza, conforme já explicitado. Essa separação entre as instâncias, segundo revelaram as entrevistas, tem como principal razão facilitar o acesso dos funcionários aos oficiais orientadores. Conquanto a área de aconselhamento tenha como dever legal reportar a ocorrência de irregularidades de que tenha ciência, sua atribuição não é punitiva, o que faz com que a estrutura seja vista como parceira e bastante procurada como apoio no momento de o procurador realizar julgamentos éticos, inclusive sobre fatos que já estejam em andamento.

Por fim, segundo registrado pela diretora, o Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional, apesar de subordinado administrativamente ao vice-procurador-geral (*deputy attorney general*) é dotado de autonomia técnica, o que implica designação não política de seu dirigente. De fato, constatou-se que, após a visita da missão da Corregedoria Nacional ao escritório de aconselhamento, houve a mudança do governo, com a assunção do presidente Donald Trump e designação de novo procurador-geral, porém não houve alteração na chefia do Escritório de Aconselhamento até a finalização do presente artigo.

3.4. Escritório de Ética (Departamental Ethics Office)

O Escritório de Ética (*Departamental Ethics Office*) é o órgão do Departamento de Justiça do Governo Federal norte-americano que também tem como função fornecer orientações e treinamentos sobre questões éticas a funcionários públicos federais. A missão do Escritório é elaborar programa de implementação da política de ética em todo o Departamento de Justiça.[22]

Distingue-se do Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibility Advisory Office*) na medida em que esse último direciona-se apenas aos advogados e procuradores federais, para emitir orientações nos casos de questionamentos sobre responsabilidade profissional, especialmente quanto às normas das Ordens dos Advogados (*Bar rules*). O Escritório de Ética, doutra parte, tem abrangência mais ampla, pois aconselha todos os empregados do Departamento de Justiça sobre as diversas leis e regulamentos éticos

22 UNITED STATES DEPARTAMENT OF JUSTICE. Disponível em: <https://www.justice.gov/jmd/departmental-ethics-office >. Acesso em 6 fev. 2017.

aplicáveis a todos os funcionários públicos, mas não trata da aplicação das regras profissionais dos advogados, campo específico do Escritório de Aconselhamento.

No campo de atuação do Escritório de Ética, destaca-se o aconselhamento sobre a aplicação do *Hatch Act*. Conforme abordado anteriormente, essa norma trata das restrições para o exercício de atividades político-partidárias por funcionários públicos norte-americanos integrantes do Poder Executivo Federal. A lei, originalmente de 1939, ganhou esse nome após o senador Carl Hatch, do estado do Novo México, protestar contra o envolvimento político de funcionários federais nas eleições primárias e gerais, o que o levou a apresentar projeto de lei que resultou no *Hacht Act*. Em 1993, a lei foi emendada para esclarecer que os funcionários públicos mantêm certos direitos para se engajarem pessoalmente, fora do desempenho da função, em atividades políticas, no exercício de suas liberdades de opinião e expressão. Apesar de a emenda ter trazido esclarecimentos sobre a não aplicação das restrições às atividades privadas que não tenham repercussão profissional, ainda resta campo amplo para as inúmeras controvérsias e zonas cinzentas que a realidade pode trazer nesse tema. Por isso, é de essencial importância que os funcionários públicos estejam familiarizados com as restrições legais, por meio de orientações emitidas pelo Escritório de Ética. Em resumo, os funcionários atingidos pelas regras não podem: (1) ser candidatos a um cargo público em uma eleição partidária; (2) usar a autoridade oficial ou influência para interferir nos resultados da eleição; (3) direta ou indiretamente coagir os subordinados a apoiar candidato[23].

O Escritório de Ética, nessa toada, emite orientações de caráter geral e específico quanto às regras do *Hatch Act*, a todos os funcionários do Departamento de Justiça norte-americano, inclusive aos advogados e procuradores federais, também sujeitos às normas.

Da mesma forma, as violações ao regramento não são apuradas pelo Escritório de Ética, que tem atribuição de cunho preventivo. No caso, alegações de descumprimento das regras do *Hatch Act* são investigadas pelo Conselho Especial (*The United States Office of Special Counsel*), que pode, inclusive, decretar a perda do cargo, a depender da gravidade dos fatos.

Doutra parte, o Escritório de Ética também tem como função a organização de treinamentos para todos os funcionários do Departamento de Justiça sobre questões éticas. Os empregados de grau sênior devem frequentar os cursos no mínimo anualmente e recebem atualização inclusive no momento em que decidem deixar de atuar perante o Executivo Federal.

Os aconselhamentos individuais têm natureza confidencial, sendo registrados em banco de dados de acesso apenas interno. São emitidas orientações de caráter geral sobre temas de amplo interesse. Os temas mais recorrentes, além das atividades

23 KNAPP, John, A.; DIEHM, Tammera R.; WINTHROP & WEINSTINE, P. A.. *The Hatch Act : It's not just for federal employees anymore*. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL121000pub/newsletter/200911/knapp.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

políticas (*Hatch Act*), são: o recebimento de presentes; conflitos financeiros e pessoais; declaração pública de bens e rendas; atividades externas ao Departamento; integridade; saída do governo; uso de informações privilegiadas; e outros.

A existência de duas estruturas de aconselhamento ético-funcional no Departamento de Justiça foi explicada durante as entrevistas. Para as dirigentes, a divisão ocorreu em razão da necessidade de se especializar o Escritório de Aconselhamento em orientações exclusivas para os integrantes das áreas jurídicas, especialmente quanto à aplicação dos inúmeros regramentos disciplinares estaduais das Ordens dos Advogados. O Escritório de Ética, portanto, permaneceu como responsável pelas orientações relativas aos demais normativos, que alcançam todos os funcionários do Departamento.

4. NOVAS PERSPECTIVAS PARA O CONTROLE PREVENTIVO DISCIPLINAR BRASILEIRO

A pesquisa quanto à organização e ao funcionamento do sistema de controle disciplinar do Ministério Público Federal norte-americano revelou a existência de estruturas distintas e independentes entre si para o exercício das atribuições fiscalizatória e preventiva, quanto ao cumprimento dos deveres funcionais dos procuradores, todas integrantes do Departamento de Justiça, no mesmo grau de hierarquia. A ênfase na atividade de orientação pode ser, em parte, explicada pela falta de sistematização do plexo normativo disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público dos Estados Unidos, o que resulta em conflitos de normas e dúvidas frequentes. De toda sorte, a existência de estruturas preventivas no campo dos deveres funcionais, de forma sistematizada e permanente, aponta caminhos que podem ser trilhados pelas Corregedorias brasileiras.

Se a conformação normativa do Ministério Público brasileiro não permite a adoção de estrutura congênere, com a separação das áreas investigatória e preventiva, tendo em vista que a Corregedoria é o órgão orientador e também fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público (art. 17 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/1993), o conhecimento de certas práticas orientadoras por parte dos órgãos de controle norte-americano descortina novos horizontes para o fortalecimento da atividade preventiva pelas Corregedorias brasileiras.

No sistema norte-americano a atividade de orientação é tão ou até mais relevante do que a função fiscalizatória dos órgãos de controle disciplinar. De fato, prevenir a ocorrência dos ilícitos funcionais é mais eficiente, sob o ponto de vista de proteção do interesse público, do que a punição dos culpados. A aplicação da penalidade disciplinar é medida necessária como resposta Estatal para a prática dos desvios funcionais. Não cabe neste artigo discutir sobre a função da penalidade disciplinar, mas o que o importa para a presente discussão é que a penalização dos agentes públicos normalmente não restitui as coisas ao seu estado anterior.

As Corregedorias, portanto, como órgãos estratégicos e garantias fundamentais da sociedade para o cumprimento dos deveres do Ministério Público[24], devem atuar com ênfase na tutela preventiva, impedindo que as irregularidades funcionais ocorram.

A respeito do papel preventivo das Corregedorias do Ministério Público, a partir da essencial separação entre dano e ilícito:

> Partindo dessas bases, sustenta-se que atuação preventiva e ativa das Corregedorias, atualmente, pode representar uma alternativa mais benéfica para a atuação interna dos órgãos por ela tutelados. Com efeito, baseado nesse tipo de comportamento antecipado e prospectivo, procura-se evitar ou fazer cessar de forma célere eventuais irregularidades – evitando-se efeitos desejados. Ganha, assim, a própria coletividade.
>
> [...] Lançando mão desse suporte, parece claro que a alternativa mais adequada é que, em vez de colocar lentes sobre o dano, os órgãos correicionais procurem depositar sua atenção sobre as possíveis irregularidades, inibindo-as. Isso, em um trabalho no qual a informação e o diálogo representem pedra-de-toque, evitando uma postura unilateral e puramente vertical e criando um espaço mais simétrico e participativo[25].

A atuação preventiva das Corregedorias do Ministério Público, portanto, deve se concentrar em adotar medidas prospectivas para evitar os desvios funcionais, anteriores à ocorrência de danos, como medida mais eficiente para a tutela dos interesses da coletividade. Essa adoção de novas práticas pelo órgão de controle não deve ser residual e circunstancial, mas sim uma política institucional permanente e organizada. É essencial que no plano de ação das Corregedorias seja estabelecido como objetivo estratégico a prevenção da prática de desvios funcionais, com a especificação das ações, metas claras e indicadores para medição dos resultados. Doutra parte, como medida de transparência e segurança para os membros, os mecanismos de orientação devem estar claramente definidos nos regimentos das Corregedorias, inclusive quanto aos processos internos.

No sistema de controle disciplinar do Ministério Público norte-americano, a pesquisa revelou que essas práticas preventivas se realizam essencialmente por meio de três vertentes: realização de treinamentos; emissão de orientações (gerais e individuais); e descentralização do órgão de orientação. Esses três vetores, a princípio, traçadas as necessárias adequações, são de possível aplicação para as Corregedorias do Ministério Público brasileiro.

Quanto à formação e atualização funcional dos membros do Ministério Público, a interlocução das Corregedorias com as Escolas Institucionais constitui uma das diretrizes

24 ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 49-107, 2016.

25 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Ministério Público, prevenção e reparação – análise a partir da (essencial) separação entre dano e ilícito. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p. 163-179, 2016.

da Carta de Brasília, para a formação humanista e multidisciplinar dos membros, e fomento à cultura resolutiva[26]. Marcelo Pedroso Goulart muito bem enfrentou a questão da necessária cooperação entre Corregedorias e centros de formação:

> [...] cumpre às Corregedorias cooperar no processo de elaboração do projeto político-pedagógico das escolas institucionais, levantando problemas e apresentando propostas. Também a título de cooperação, as Corregedorias devem apresentar periodicamente às escolas institucionais os resultados das avaliações que realizam, apontando *deficit* formativos e posturais dos agentes políticos e administrativos, bem como problemas estruturais – relacionados a recursos patrimoniais, materiais e humanos – que causam a redução da efetividade institucional. Essas avaliações servem como subsídio para o planejamento das atividades de ensino, pesquisa e prospecção. Em razão dessas peculiaridades, pode-se concluir que, na interação com as escolas institucionais, as Corregedorias, além de suas atividades típicas (avaliação, orientação e fiscalização), também desenvolvem atividades de cooperação[27].

De fato, as Corregedorias, em seu papel de avaliadoras do desempenho dos órgãos de execução, a partir das correições e outras atividades, estão em contato permanente com a realidade institucional, sendo as mais preparadas para apontar os campos necessários para o aperfeiçoamento funcional, inclusive no que concerne à carência de formação nos temas de ética profissional.

Ainda não é uma realidade brasileira a realização de treinamentos rotineiros sobre temas que envolvem ética profissional para os membros do Ministério Público. Na sistemática norte-americana, a atualização em temas éticos e disciplinares é de caráter obrigatório para os membros do Ministério Público Federal. Se essa prática não se releva a princípio aplicável à sistemática brasileira, é possível a criação de mecanismos que estimulem os membros a aderirem aos treinamentos, como pontuação para promoção para merecimento e outras formas de premiação.

A segunda vertente diz respeito ao aconselhamento geral e individual pelas Corregedorias como prática permanente e essencial para o cumprimento de seu papel de órgão preventivo de ilícitos funcionais. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prevê como atribuição do corregedor-geral emitir recomendações, sem caráter vinculativo, a órgão de execução (art. 17, inciso IV, da Lei nº 8.625/1993), instrumento este adequado para a emissão de orientações também de caráter institucional geral e abstrato.

Adicionalmente, outros mecanismos podem ser utilizados, como a emissão de orientações funcionais a partir de consultas dirigidas às Corregedorias. Nesse ponto, o que se coloca em debate, tomando por base a experiência norte-americana, é a criação de um serviço permanente de aconselhamento, desburocratizado e ágil, para fazer frente às demandas urgentes, que cada vez mais ocorrem na atualidade.

---

26 CARTA de Brasília. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel orientador das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. II. No prelo.

27 GOULART, Marcelo Pedroso. Órgãos de Execução, Escolas Institucionais e Corregedorias na dinâmica do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel orientador das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. II, p.18. No prelo.

Certamente as consultas não poderão versar sobre o encaminhamento dos casos concretos, ou seja, sobre a formação do convencimento do membro no exercício de sua atividade-fim, mas sim sobre questões concernentes às funções institucionais da Corregedoria, especialmente nos casos em que existam dúvidas sobre a aplicação das normas disciplinares.

Por fim, o último vetor é o relativo à descentralização do órgão disciplinar, com a designação de membros que atuariam, mediante treinamento e sob a supervisão da Corregedoria, para orientar localmente os demais membros sobre questões éticas e disciplinares. Em um país com as dimensões continentais do Brasil, em que os estados são constituídos por territórios mais amplos que muitas nações, a descentralização das Corregedorias parece medida eficiente para o adequado cumprimento de sua missão, especialmente para acompanhamento mais próximo dos membros em início de carreira, que são designados para os locais mais distantes da capital, e portanto mais distantes da Corregedoria.

São essas, em resumo, as três vertentes de práticas de orientação extraídas da pesquisa realizada nos órgãos de controle disciplinar do Ministério Público Federal norte-americano e que contribuem para trazer novos elementos para o fortalecimento da tutela preventiva pelas Corregedorias do Ministério Público brasileiro.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo estudar a disciplina ético-disciplinar do Ministério Público Federal norte-americano, a partir da pesquisa realizada pela Corregedoria Nacional do Ministério Público no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, quando foram visitados os quatro órgãos que integram o sistema de responsabilização funcional: o Escritório de Responsabilidade Profissional (*Office of Professional Responsibility*), o Escritório do Inspetor-Geral (*Office of the Inspector General*), o Escritório de Aconselhamento sobre Responsabilidade Profissional (*Professional Responsibility Advisory Office*) e o Departamento de Ética (*Departamental Ethics Office*).

Observou-se que, em razão do modelo da Federação norte-americana, formada por estados-membros com intensa autonomia, os membros do Ministério Público Federal estão sujeitos a inúmeros códigos de conduta e disciplina estaduais, bem como às regras de disciplina do próprio Departamento de Justiça, e às normas de condutas emanadas dos diversos escritórios espalhados pelos Estados Unidos, fiscalizadas pelas chefias locais.

Nesse amplo quadro normativo, os procuradores se submetem a um desnorteante leque de regulamentos éticos, o que fez surgir a necessidade de criação de órgãos correicionais com atribuição exclusiva de orientação e prevenção no âmbito do Departamento de Justiça.

Partindo-se para uma perspectiva de estudo comparado, conclui-se que, ainda que o sistema brasileiro de controle disciplinar não comporte a criação de órgãos exclusivos para a prevenção ético-disciplinar de membros do Ministério Público, a pesquisa apresenta perspectivas de adoção de práticas orientadoras inspiradas no sistema norte-americano, em três vertentes: formação contínua dos membros em temas de ética profissional; criação de serviço permanente de orientação; e descentralização das Corregedorias, com a designação de corregedores-auxiliares para orientação funcional.

A disciplina constitucional e legal das Corregedorias do Ministério Público brasileiro fundamenta a atuação preventiva do órgão, como medida mais adequada e eficaz para a tutela dos direitos fundamentais. A presente pesquisa abre caminhos para atuação sistematizada das Corregedorias na área da orientação, de forma não meramente residual e circunstancial, mas sim como uma política institucional permanente e organizada.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As Corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como Instituição de Acesso à Justiça. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p.49-107, 2016.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; AQUINO, Eduardo Pimentel de Vasconcelos. Ética na persecução da Justiça: os modelos disciplinares de Brasil e Estados Unidos. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p.417-438, 2016.

ALSCHULER, Albert W. *Courtroom misconduct by prosecutors and trial judges*. United States of America: Texas Law Review, 1972.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Ministério Público, prevenção e reparação – análise a partir da (essencial) separação entre dano e ilícito. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. I, p.163-179, 2016.

CARTA de Brasília. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel orientador das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. II. No prelo.

GOULART, Marcelo Pedroso. Órgãos de Execução, Escolas Institucionais e Corregedorias na dinâmica do Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: o papel orientador das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. II. p. 18. No prelo.

GREEN, Bruce. Regulating federal prosecutors: let there be light. *Yale Law Journal*, United States of America, v. 118, 2009, *passim*. (Tradução livre).

_____. Prosecutors and professional regulation. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, United States of America, v. 25, p. 873-904, 2012. (Tradução livre).

KNAPP, John A.; WEINSTINE, Tammera R. Diehm Winthrop; *The Hatch Act:* It's not just for federal employees anymore. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL121000pub/newsletter/200911/knapp.pdf>.

Acesso em: 27 fev. 2017.

KNAPP, John, A.; DIEHM, Tammera R.; WINTHROP & WEINSTINE, P. A. *The Hatch Act : It's not just for federal employees anymore*. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/buslaw/committees/CL121000pub/newsletter/200911/knapp.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.

MATHESON JUNIOR, Scott M. The prosecutor, the Press, and free speech. *Fordham Law Review*, v. 58, Issue 5, p. 867-938, 1990.

SECUNDA, Paul M. Cleaning up the chicken coop of sentencing uniformity: guiding the discretion of federal prosecutors through the use of the Model Rules of Professional Conduct. *American Criminal Law Review*, v. 34, n. 3, p. 1267-1292, 1997.

SULLIVAN, J. Thomas. Prosecutorial misconduct in closing arguments in Arkansas criminal trials. *University of Arkansas at Little Rock Law Journal*, v. 20, Issue 2, p. 215-263, 1998.

TENNIS, Bradley T. Uniform ethical regulation of federal prosecutors. *The Yale Law Journal*, v. 120, p. 144-184, 2010. (Tradução livre).

WISH, Judith B. The United States Department of Justice's Office of Professional Responsibility. In: INTERNACIONAL TRAINING COURSERA VISITING EXPERT'S PACERS, 143rd. *Paper*. Unafei [S.d]. (Resource Material Series n. 80, p. 269, tradução livre).

ZACARIAS, Fred C. Specificity in professional responsibility codes: theory, practice, and the paradigm of prosecutorial ethics. *Notre Dame Law Review*, v. 69, Issue 2, p. 223-309, 1993.

PROFESSIONALISM IN PRACTICE: A SYSTEM FOR NEW ATTORNEYS

Kathryn H. Wisner ESQ.[1]
Attorney
State of Colorado, United state of America

1. INTRODUCTION

In traditional American Media the stereotype of the dishonest attorney is so ingrained that it's almost hard to believe for the average American that there are honest attorneys available. This is a stereotype that the National and State Bar associations are constantly fighting against but some say is a battle of attrition.

After a review of the Colorado system of professional discipline by the American Bar association (ABA) about 18 years ago Colorado started the process that would fundamentally change the way many states disciplined attorneys and would eventually lead to them being called the gold standard in attorney discipline[2]. The rule changes including reduction and the time taken to complete the process, increased consistency across discipline decisions, the empanelment of an entity to centralized intake procedures as well as the creation of an office of hearing boards two oversee the process[3]. This paper will be a discussion of the different systems in place both nationally and locally to help prevent and deal with attorney discipline problems especially those geared towards attorneys new to practice.

There are programs in place to try to combat ethical violations by attorneys new and old however there's a marked difference between the two types of offences that they usually commit. This is not to say that serious breaches of legal ethics cannot happen to a new attorney or that an experienced attorney cannot make a slip up more in line with that of his younger peer, but rather that more experienced attorneys tend to be sanctioned for more serious offenses while younger attorneys

1 I would like to thank my great friends Gregorio Assagra de Almeida and Flávia Vigatti Coelho for all of their help and guidance.

2 *See* John S. Gleason & James C. Coyle, *A World of Difference in Attorney Regulation* , 42 The Colo. Lawyer 37, 37-39 (2013).

3 *See* Id.

are sanctioned not only for large serious offenses but also for General breaches of professionalism and ethics based more in ignorance than intent.

American Bar Association oversees each of the individual bar associations that are run in each State and territory governed by the United States of America and it is a requirement that to be licensed to practice law you must be licensed in one of the states and therefore fall under the jurisdiction of one of the state or territory Bar Associations (often abbreviated in the vernacular as simple Bar). While the American Bar Association itself does not conduct attorney discipline it does have rules and structures in place under which the state bars must operate allowing both uniformity and consistency across all bars while still allowing States to enact the measures that they find to be necessary in their individual areas of authority. The split of power is not unlike that federal or state legislative Authority given to the various congress's with the Supreme Court of the United States laying down a floor that must be met while the individual states are allowed to raise but not lower the requirements.

American Bar Association statistics / Colorado statistics

According to the 2004 ABA Survey On Lawyer Discipline (SOLD)[4] the most current collective source of statistics on attorney discipline in the United States[5], there is currently an approximate total of 1,235,298 attorneys with active licenses and that in 2014 the number of complaints received by disciplinary agencies in the states and territories reporting was approximately 88,930 with 25,794 of those leading to some sort of investigation and handling outside of those handled by an intake program[6].

According to the same report Colorado has 25,665 lawyers with an active license and received 3,528 complaints and reported that 90% of those were handled by an intake procedure leaving a little over 300 to be handled by other disciplinary methods[7].

National measures in place / Colorado measures in place

The Colorado program embraces both all national measures as well implementing several measures that at the time were unique but have in later years been implemented by several other states and territories. This provides an integrated approach that offers a wide range possible learning opportunities for attorneys starting in law school and continuing through the entirety of one's legal practice. The measures come into play at different times in the life cycle of an attorney this paper will focus on three distinct parts: education, bar admittance, and admitted attorney.

4 ABA Standing Comm. Members on Prof'l Discipline, 2014 ABA Survey on Lawyer Discipline Systems (ABA 2014), http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/surveyonlawyerdisciplinesystem s2014.html.

5 Connecticut, Kansas, the New York 1st Department ,North Dakota, and Ohio did not provide data in time for publication.

6 2014 ABA Survey on Lawyer Discipline Systems (ABA 2014),

7 Id.

2. EDUCATION

Law School admittance requirements

Many non legal professionals in United States are unaware that there is a character and fitness process that requires new lawyers pass a screening test before being admitted to practice law, in addition to the strict structured code of rules that they are expected to follow after admission to the profession. In most cases you will be required to report on everything from minor traffic incidents and other legal system involvement, to academic discrepancies, to work and educational histories as well as provide character references to support your claim that you are capable of performing at the ethical and educational level that will required of you[8].

National mandatory ethics courses and MPRE[9]

In order to qualify for ABA accreditation among a myriad of other requirements every law school must offer at least a two credit or six hour a week course in legal ethics10[10]. This course is mandatory for all degrees that will result in a degree that will certify the student to sit for a bar and is suggested for those programs that will not lead to bar admittance[11].

There's no set curricula and the individual schools and teachers we establish what they like as long as the core subject matter is to cover the legal and ethical ramifications of being an attorney[12]. These courses vary from primer on what it will take to pass the ethics exam to a discussion on what it means to be an attorney. This course in theory should help the new attorney achieve an understanding of their ethical duties not only with respect to the law and their clients but to society at large and if properly taught (and learned) should help that new attorney mitigate any ethical blunders made due to an ignorance of requirements set forth by the different national and territorial Bar Associations.

The addition to the mandated Ethics Course almost all states and territories save Maryland, Wisconsin, and Puerto Rico require the applicant to pass the Multistate Professional Responsibility Exam (MPRE)[13]. the MPRE is a two hour sixty question test that is scored on a scale ranging from 50 to 150 with passing scores determined by each individual jurisdiction[14].

8 *See* Colo. Law Univ. of Colo. Boulder, Character and Fitness Questions on Your Application to Colorado Law (Univ. of Colo. Boulder 2015), http://www.colorado.edu/law/character-and-fitness-questions-your-application-admission-colorado-law.

9 California is currently the only state in the United States that allows individuals who have not passed through an ABA accredited law school program to take a bar. This means those attorneys are not necessarily required to have the ethics training nor are they required to have completed the new internship requirement. However this does not excuse the requirement that they pass the MPRE buy the selected score of eighty six.

10 Am. Bar, Section of Legal Education and Admissions to the Bar (2015) [hereinafter Standards Archives], http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/standards/standards_archives.html.

11 *See* Standards Archives

12 Id.

13 Nat'l Conference of Bar Examiners, Multistate Professional Responsibility Examination (2016) [hereinafter The MPRE], http://www.ncbex.org/exams/mpre/.

14 Id.

The scores are communicable and are generally accepted for up to five years after the original taking of the test[15]. The MPRE covers the conduct of lawyers and judges as well as attorneys operating in non-legal capacities[16]. Test questions may come from any part of the American Bar association's model rules of professional conduct and the model code of judicial conduct as well as any other controlling constitutional decisions and generally accepted procedures[17].

Law school Practical Studies Requirement

In 2015 the ABA's Managing Director of the Office of Legal education and Bar Admissions issued guidance on new requirements for accredited law schools, namely that each "law school shall offer a curriculum that requires each student to satisfactorily complete at least the following: one or more experiential course(s) totaling at least six credit hours"[18]. They also issued guidance that this experiential course could not be satisfied by the writing requirements already in place but instead heavily suggested the use of law clinics and or field placement so that students can get real world experience working with actual clients under the direction of supervising attorneys[19].

As such changes are first authored by the office then piloted in several law schools and then voted on at large by the ABA membership this indicates that practitioners in the field saw a need to give students more than just a theoretical knowledge of working with clients. Rather it seems that it was evident that the students needed real practical experience so that they could enter the profession if not ready to practice alone at least closer to that point.

3. BAR ADMISSION

Character and Fitness

This is actually a double bar to admission as this is a smaller version of this process that must be completed for admission to law school. While the Character and Fitness process for admission to the bar is more indepth than that for admittance to law school it does cover many of the same pieces and can go as far as requiring the reporting discipline infractions from Primary School and expunged or dismissed offenses that might have happened in Juvenile Justice proceedings that are usually undiscoverable[20], as well as references for every place in which a person has lived, references from every legal employer one has worked with as well as additional legal and nonlegal recommendations speaking to the character of the applicant[21].

15 Id.

16 *See* Id.

17 *See* Id.

18 Am. Bar, Managing Director's Guidance Memo on Standards 303(a)(3), 303(b), and 304 (2015), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/governancedocuments/2015_standards_303_304_experiential_course_requirement_.authcheckdam.pdf.

19 *See* Id.

20 *See* Colo. Supreme Court Office of Attorney Regulation Counsel, Character and Fitness (Colo. Supreme Court 2013), http://www.coloradosupremecourt.us/Future%20Lawyers/CharacterAndFitness.asp.

21 *See* Id.

In theory while this requirement exists to protect the public from individuals it also serves as a shield for the profession itself. This is a requirement in every US jurisdiction for admission to the bar and while failing to be admitted to the bar for character and fitness violations is uncommon, further enquiries into the background and reasoning behind questionable reporting is not. The applicant has the burden to prove they have the moral character necessary to comport themselves in such a way that not only will they be an asset to the legal community but did they will fairly and competently represent those whom will be depending on them.

Professionalism versus ethics

As should be evident by the afore discussed programs there's a very strong (and very necessary) emphasis on the ethics of legal practice. The Colorado Bar felt that there was another area that was as deserving of attention, particularly in light of evolving standards for attorneys, professionalism. One of the first requirements for admission to the bar after the completion of character and fitness and passing the required exams is a full day professionalism course based on the Colorado Principles of Professionalism. This course is based on set of values, "these values require attorneys to always act competently civilly and with integrity and commit themselves to the public good and furthering the interests of Justice."[22]

In 2009 but the CBA (Colorado Bar Association) Professionalism Coordinating Council undertook the task of melding the existing professionalism guidelines into a single universal and easily accessible document this is supposed to work in tandem with local and territorial bars[23].

These guidelines comprise two main areas: first, the combination of professionalism principles into real-world goals so as to guide professional behavior in everyday practice and second, a commitment from Colorado legal professionals in general to self-police their actions in such a way they will act professionally and with integrity[24].

The course covering these rules was brought forth just as the Colorado bar noted a large number of complaints that received were necessarily ethical quandaries but rather gaps in professionalism, things that could be prevented if lawyers were educated in their duties as a professional to their clients, not just and their ethical responsibilities to the Bar. They took this insight and established a course that must be completed before entrance to the bar by all incoming attorneys, regardless of experience level. There has been a marked difference in the number of professionalism related complaint that have come through since the inception of the program some years seeing a decline of up to 70% with respect to the years preceding the implementation of the course[25].

22 *See* Colo. Bar, Colorado Principles of Professionalism (2009) [hereinafter Rules of Professional Conduct], bit.ly/1VSYUBF.

23 *See* Id.

24 *See* Id.

25 *See* Id.

4 . POST BAR ADMITTANCE

New attorney mentoring program

The Colorado Attorney Mentoring Program or CAMP was started in 2013 as a statewide program to connect lawyers in mentoring relationships[26]. It is co-sponsored through Bar association's, law firms agencies, and other organizations throughout the state[27]. There are currently thirty programs in twenty two of the judicial districts and it is an official part of the attorney regulation system of the Colorado Supreme Court and can be used as part of the diversionary process[28].

The CAMP objectives include the promotion of professional pride in the legal profession, the pursuit of excellence in client representation, inclusivity and diversity in the legal profession,and the building a strong network of attorneys and judges in the state of Colorado[29].

The mentoring program is open to any active licensed attorney who's practicing or intends to practice in the state of Colorado in any area of law. There are no requirements on the length of practice or any other practice related requirements, rather it is open to any interested party[30]. The mentors however are attorneys and judges in good standing or are retired attorney and judges who retired in good standing and have practiced a minimum of five years and have no recent histories of suspension, disbarment, or other disciplinary actions[31].

The two main types of CAMP programs are. The more traditional mentor-mentee relationship which pairs a mentee with a mentor in their geographical area and a hopefully related practice area in a long and hopefully deeply meaningful relationship building experience[32]. The second type is something that they call Coffee list mentors where it's nothing structured or formal but rather a list of attorneys more than willing to get together over a cup of coffee or a meal to discuss a variety of issues[33].

The program also comprises several different tracks of programs for mentees entering program[34]. CAMP recognizes that all areas and stages of practice can benefit from this type of relationship including but not limited to recently divorced attorneys, attorneys raising or caring for families, attorneys getting ready to start

26 *See* Colo. Courts, CAMP Colorado Attorney Mentoring Program (2013) [hereinafter CAMP], http://coloradomentoring.org/.

27 *See* Id.

28 *See* Id.

29 *See* Id.

30 *See* Id.

31 *See* CAMP

32 *See* Id.

33 *See* Id.

34 *See* Id.

their own practice, new attorneys, experienced attorneys newer to Colorado, and those seeking to improve their trial practice skills[35].

CAMP goes beyond just providing mentee/mentor relationships by also providing CLEs, a monthly networking event, additional skill training, and also programs on how to develop a professional identity both in person and in social media[36]. One of the newer programs is a reverse mentoring program where for new attorneys speak to older attorneys about some of the newer development and legal practice many of these sessions developments in technology especially in social networking.

One Supreme Court Justice recommends CAMP to all newly admitted attorneys indicating that "this is a wonderful resource for increasing confidence and professionalism of our State's Attorney's"[37] A current CAMP member while discussing the program, admits that having a mentor that you know she can turn to questions without judgement has made her transition into a solo practitioner straight from law school possible she says, "I don't know if I could have done it without him he's always there when I have a question and is willing to lend a hand I can't wait to be able to do this for somebody else one day."

Continuing Legal Education courses

The ABA and its in-house Continuing Legal Education (CLE) program offers over a hundred and fifty different ethics-based courses covering general ethics as well as ethics specific to all subcategories of law from dispute resolution to torts[38]. Including one section called ABA Essentials which are introductory level programs covering the basics of core practice areas specifically for new attorneys[39]. There's also a free CLE site on which the ABA provides a CLE for free a little more frequently than once a month, which on occasion offers ethics related material. One representative from the ABA CLE division indicated that while ethics credits[40] are not dispersed for every course offered, ethics material is covered in every CLE course as it is an integral part of legal practice[41].

In addition to the ABA's continuing legal education program each territorial Bar Association also offers CLE credits as do many private organizations and law schools throughout the country. All of which must submit syllabi and outlines in order to be accredited to award CLE credits whether focused on ethics, or on some other facet of the Law or legal practice.

35 *See* Id.

36 *See* CAMP

37 *See* Id.

38 *See* American 2017 Bar Association, ABA CLE Is the ABA Academy (2017) [hereinafter Shop ABA], https://shop.americanbar.org/eBus/abaacademy.aspx?term=ethics.

39 *See* Id.

40 There are two types of CLE credits general and ethics credits both of which must be earned in certain amount to renew a licence to practice law.

41 *See* S hop ABA

The Colorado Bar Association and affiliated local bars also offer a myriad of cours offering both those with a focus on ethics as well as other topics[42]. "All attorneys admitted in Colorado must earn 45 general CLE credits, including 7 ethics credits, during each compliance period." C.R.C.P. 260.2[43]. In Colorado the compliance period is three years from the date of admission ending on the last day of December of the third year[44]. Every compliance period after that starts january first and continues for three calendar years[45].

Attorney Discipline

There is an accepted ladder of attorney discipline that is followed with little variation across all districts and states. First there may come a dismissal of the complaint due to lack of evidence or viability, then there is diversion of the complaint to one of a specified number of processes which will be discussed later in the paper, next is a private admonition received by the attorney and placed in their character and fitness files, following that is public censure, then come a string of consequences that limit the attorney's ability to practice law: a suspension ranging from 30 days to one year during which they are unable to practice law, a suspension from one year and one day to three years what the requirement of demonstrating rehabilitation on top of the other procedural requirements for returning, and finally disbarment where and attorney must wait at least 8 years and go through the complete readmission process in order to practice law again[46].

Diversionary programs

While every state has a diversionary program Colorado has made especially use of its program for the benefit of new attorneys by placing a high value on educational components program for those cases in which the ethical and professional related misconduct seems to be more ignorant than malicious.

The Office of Attorney Regulation Counsel has set up an intake procedure any member of the public can call and report what they believe to be an incident of misconduct by any member of the legal profession this report is then thoroughly investigated and as appropriate referred to dismissal or further review and discipline[47]. One of the are the main forms of discipline is Colorado's diversionary program in which the attorney who was found to have committed an ethical or professional breah is given a program of regulated education remediation and mentoring in order to help them not only realize their misconduct but prevent future cases of misconduct[48]. This is especially true of newer attorneys the rules of professional conduct misconduct and professionalism are intricate and extensive.

42 Colo. Bar, Colorado Bar Association CLE (2017) [hereinafter CBA-CLE], http://cle.cobar.org/.

43 *See* Id.

44 *See* Id.

45 *See* Id.

46 17 C.F.R. 205 (2003).

47 Colo. Supreme Court Office of Attorney Regulation Counsel, Complaints/Discipline – Overview (2013), http://www.coloradosupremecourt.us/Complaints/Complaints_Disc.asp.

48 *See* Id.

Colorado is showing its commitment to not only attorney ethics in the protection of those served by attorneys by its handling of this program but is also showing its commitment to developing its attorneys to be a pillar of its community by providing them with the guidance of education necessary to provide legal help in a manner that reflects highly on both the individual and the practice as a whole.

5. CONCLUSION

The Colorado program for professionalism and ethics especially where it regards new attorneys while it may no longer be groundbreaking as it has been expanded across many of the United States continues to push boundaries and stand as an example to other districts as it provides support for attorneys young and old as they navigate the complex world that is the legal profession.

The combination of rigid rules and standards that give clear guidelines for attorneys to follow as well as the personal touches of the mentoring program and thought fule CLE offerings provides a multifaceted approach to providing attorneys is with the support structures needed to be true professionals. This in combination with the national push to provide law students with the foundation necessary to enter the legal profession practice ready is providing the next generation of attorneys the ability to be the most ethical and well-equipped we've yet seen.

COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA: DA APLICAÇÃO DA DISPONIBILIDADE COMPULSÓRIA COMO MEDIDA ADMINISTRATIVA E DA FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO DO PLENÁRIO DO CNMP EM RELAÇÃO À DETERMINAÇÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PRÓPRIA PARA A PERDA DO CARGO

Ana Leticia Laydner Cruz[1]

Os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público da União são regidos por Leis Complementares que instituem o respectivo estatuto, dispondo sobre sua organização e atribuição de seus membros. Cada uma dessas 27 leis orgânicas prevê um regime jurídico-disciplinar, composto por deveres funcionais e infrações disciplinares, com cominação de sanções cabíveis, além de questões processuais.

Para compor o segmento dos comentários à jurisprudência neste volume da Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, selecionou-se o julgamento de um processo administrativo disciplinar ocorrido em recente sessão ordinária do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público, em que se fez a diferenciação entre disponibilidade compulsória como penalidade disciplinar e a disponibilidade compulsória como medida administrativa e, também, tratou-se da força vinculante da decisão do Plenário do CNMP em relação à determinação do ajuizamento de ação civil própria para a perda do cargo.

No caso concreto em análise, foi determinada, na decisão do processo administrativo disciplinar, a pena de demissão, combinada com a disponibilidade compulsória, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, enquanto durar a ação civil pública de perda do cargo do membro do Ministério Público do Estado do Ceará.

1 Analista Jurídico lotada na Corregedoria Nacional do Ministério Público.

O Conselho Nacional do Ministério Público, apesar de poder aplicar as sanções previstas no art. 130-A, 2º, III[2], somente poderá fazê-lo mediante observação das normas reguladoras de cada Ministério Público, sendo obrigatório que se observe o tipo legal e a respectiva sanção correspondente[3].

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Ceará (Lei Complementar Estadual nº 72/2008) prevê, no art. 225, que são penas disciplinares aplicáveis aos membros do Ministério Público: a advertência, a censura, a suspensão até 90 dias, a remoção compulsória, a disponibilidade compulsória, a demissão e a cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

A disponibilidade compulsória[4] como pena disciplinar, prevista no art. 238, da LOMP/CE, pode ser determinada nas hipóteses de (i) grave omissão nos deveres do cargo, reiteradamente cometidas e apuradas em seguidos procedimentos; (ii) reduzida capacidade de trabalho, escassa produtividade comprometedora da atuação funcional ou superveniente comprovação de insuficientes conhecimentos jurídicos; e (iii) induzimento dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público a erro, por meio reprovável.

A aplicação de pena de demissão e de disponibilidade compulsória a um mesmo autor e a um mesmo fato dariam causa a um *bis in idem*. No processo administrativo disciplinar aqui analisado, a disponibilidade compulsória foi imposta como medida administrativa.

Na LOMP/CE, a disponibilidade compulsória como medida administrativa está prevista no art. 171, nos seguintes termos:

> Art.171. O membro vitalício do Ministério Público poderá, também, por conveniência de serviço, ser posto em disponibilidade compulsória, por deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, assegurada ampla defesa, nas seguintes hipóteses: [...] II – conduta incompatível com o exercício do cargo, consistente em abusos, erros ou omissões que comprometam o membro do Ministério Público para o exercício das funções, ou acarretem prejuízo ao prestígio ou a dignidade da Instituição.

2 CF Art. 130-A, § 2º 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: III – receber 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;

3 GARCIA, Emerson. *Ministério Público:* organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 129.

4 LOMP/CE, art. 238. Sem prejuízo de verificação em outros casos, será, obrigatoriamente, reconhecida a existência de interesse público e da Instituição, determinante da disponibilidade compulsória, nas seguintes hipóteses:
I – grave omissão nos deveres do cargo, reiteradamente cometidas e apuradas em seguidos procedimentos;
II – reduzida capacidade de trabalho, escassa produtividade comprometedora da atuação funcional ou superveniente comprovação de insuficientes conhecimentos jurídicos;
III – induzimento dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público a erro, por meio reprovável.

A Constituição Federal em seu art. 130-A, § 2º, inciso III[5], é expressa quanto à possibilidade de o Conselho Nacional do Ministério Público colocar membro do Ministério Público em disponibilidade.

A Lei nº 8.625/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, não dispõe sobre tipos ou sanções disciplinares, no entanto, prevê a possibilidade de aplicar-se a disponibilidade compulsória justificada pelo interesse público[6].

Exemplo da necessidade de aplicação de disponibilidade compulsória fundada no interesse público é a hipótese em que, após o devido processo administrativo disciplinar, determina-se, no caso de membro já vitalício, a demissão com a respectiva propositura de ação civil pública para a perda do cargo.

Na LOMP/CE, o ajuizamento da ação civil destinada à perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público é autorizada pelo Colégio de Procuradores e ajuizada pelo procurador-geral de Justiça[7].

No entanto, em cuidando-se de decisão do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público – que possui amplo poder de revisão[8] das decisões administrativas e disciplinares dos órgãos de administração superior do Ministério Público –, não se faz necessária a etapa da autorização do Colégio de Procuradores respectivo para o ajuizamento da ação civil de perda de cargo do membro vitalício. A decisão do Plenário do CNMP em relação à determinação do ajuizamento de ação civil própria para a perda do cargo possui força vinculante, tendo efeito imediato, e impõe o seu ajuizamento pelo respectivo procurador-geral de Justiça ou procurador-geral da República.

Em conclusão, tem-se que a disponibilidade compulsória como medida administrativa tem finalidade cautelar, isto é, tem o propósito de proteger a Instituição, enquanto durar a ação civil para perda de cargo, nas hipóteses em

5 CF, art. 130-A [...] § 2º 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: III receber 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;

6 Lei nº 8.625/93, art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: VIII – julgar recurso contra decisão: d) de disponibilidade e remoção de membro do Ministério Público, por motivo de interesse público; Art. 15. Ao Conselho Superior do Ministério Público compete: VIII – determinar por voto de dois terços de seus integrantes a disponibilidade ou remoção de membros do Ministério Público, por interesse público, assegurada ampla defesa;

7 LOMP/CE Art. 241. O Procurador-Geral de Justiça, autorizado pelo Colégio de Procuradores, nos termos desta Lei, proporá perante o Tribunal de Justiça do Ceará, ação civil destinada à perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público, sem prejuízo das conseqüências da ação penal pertinente.

8 CF Art. 130-A § 2º 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:
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;
III – receber 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;

que é inaceitável manter em seus quadros o membro do Ministério Público que praticou fatos graves que não se coadunam com os padrões éticos que devem nortear sua atuação, em especial a prática de crimes.

A força vinculante da decisão do Plenário do CNMP em relação à determinação do ajuizamento de ação civil própria para a perda do cargo advém da sua superioridade hierárquica e do amplo poder de revisão em relação às decisões dos órgãos superiores dos Ministério Públicos Estaduais e da União, além de ser medida de economia processual, garantindo resultado máximo com o menor emprego possível de atividades processuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 1º mar. 2017.

_____. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 1º mar. 2017.

_____. *Lei Complementar Estadual nº 72, de 12 de dezembro de 2008*. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/Lei.Complementar72-2008.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2017.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RECOMENDAÇÃO CGMP Nº 029/2015

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Tocantins, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IV, do artigo 17, da Lei nº 8.625/93, e inciso VII, do artigo 39, da Lei Complementar Estadual n. 51/2008 - LOEMP e,

CONSIDERANDO que o Ministério Público tem a incumbência de zelar pelos direitos sociais e os individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado do Idoso, dentre outros diplomas legais, conferem legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;

CONSIDERANDO que a tutela destes interesses é regulamentada, quanto à atuação extrajudicial, pelas **Resoluções nº 23/2007 do CNMP e 003/2008 do Conselho Superior do Ministério Público (CNMP)**, normas de observância obrigatória;

CONSIDERANDO que, na seara criminal, o procedimento extrajudicial adequado é o Procedimento Investigatório Criminal, regulamentado pelas **Resoluções nº 13/2006 do CNMP e 001/2013 do Colégio de Procuradores de Justiça (CPJ)**;

CONSIDERANDO que tem sido constatado, em muitos casos, o descumprimento das normas destas Resoluções, bem como das regras de taxonomia definidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (**Resolução nº 63/2010**);

CONSIDERANDO a necessidade de uniformização da atuação do Ministério Público, bem como da maior atenção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos;

RESOLVE:

RECOMENDAR aos Membros do Ministério Público do Estado do Tocantins que:

1. Atentem-se para a correta utilização da tabela de taxonomia definida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, quanto à nomenclatura e objeto dos procedimentos extrajudiciais, nos seguintes termos:

1. 1 Notícia de fato: *"Qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do MP, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, que ainda não tenha gerado um feito interno ou externo, podendo ser formulado presencialmente ou não, entendendo-se como tal, a entrada de atendimentos, notícias, documentos ou representações"* (cod. 910002).

1. 2 Procedimento Preparatório: "*Procedimento Formal, prévio ao ICP que visa apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto. (Art. 2º, §§4º-7º da resolução 23 de 2007 CNMP)*". (cod. 910003)

1. 3 Inquérito Civil Público: "*natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. (Art. 1º da resolução 23 de 2007). Procedimento de natureza administrativa, instaurado mediante portaria, onde são reunidos oficialmente os documentos produzidos no decurso de uma investigação destinada a constatar desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados ao cidadão, dano ao patrimônio público ou social ou a direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis (CF, art. 127, caput, e 129, II e III)*" (cod. 910004).

1. 4 Procedimento Administrativo: "*É o procedimento destinado ao acompanhamento de fiscalizações, de cunho permanente ou não, de fatos e instituições e de políticas públicas e demais procedimentos não sujeitos a inquérito civil, instaurado pelo Ministério Público, que não tenham o caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico*" (cod. 910005).

1. 5 Procedimento Investigatório Criminal: "*Instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal*" (art. 1º da Res. 13/2006 do CNMP).

2. Respeitem os prazos estabelecidos para conversão, conclusão ou prorrogação de cada procedimento, assim definidos:

2. 1 Notícia de fato: 30 (trinta) dias para ser rejeitada/indeferida ou convertida no procedimento adequado (art. 12 da Res. 3/2008 do CSMP);

2. 2 Procedimento Preparatório: 90 (noventa) dias, prorrogáveis uma única vez por decisão fundamentada (art. 4º, §3º da Res. 3/2008 do CSMP);

2. 3 Inquérito Civil Público: 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis por decisão fundamentada, quando imprescindível a realização de diligências (art. 11 da Res. 3/2008 do CSMP).

2. 4 Procedimento Administrativo: enquanto for necessária a fiscalização;

2. 5 Procedimento Investigatório Criminal: 90 (noventa) dias, prorrogável fundamentadamente (art. 12 da Res. 13/2006 do CNMP).

3. Comuniquem a instauração de Procedimento Administrativo, Procedimento Preparatório ou Inquérito Civil Público ao Conselho Superior do Ministério Público, bem como a deflagração de Procedimento Investigatório Criminal ao Colégio de Procuradores de Justiça, encaminhando, em todos os casos, a cópia da respectiva Portaria.

4. Na elaboração da Portaria, observem a necessidade de realizar a delimitação do objeto de apuração, especificando o fundamento legal que autoriza a atuação do Ministério Público, bem como justificando a necessidade de intervenção, estabelecendo, desde já, as diligências iniciais e, se possível, definindo quem é o investigado/interessado;

4. 1 Na hipótese de Inquérito Civil Público e, na medida do possível, no Procedimento Preparatório, devem ser observadas, na elaboração da Portaria, os requisitos definidos no art. 4º da Resolução nº 23/2007 do CNMP e art. 10 da Resolução 3/2008 do CSMP;

4. 2 Na instauração de Procedimento Investigatório Criminal será observado o disposto no art. 4º da Res. 13/2006 do CNMP: "*indicação dos fatos a serem investigados e, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais*";

5. No Procedimento Preparatório e no Inquérito Civil Público, os ofícios requisitórios de informações deverão ser acompanhados de cópia da Portaria de instauração, nos termos do art. 6º, § 10 da Resolução nº 23/2007 do CNMP;

6. Arquivado o Procedimento Preparatório e o Inquérito Civil Público, deverá ser cientificada a parte interessada (art. 21, §1º, IV, Resolução nº 3/2008 do CSMP) e, após, encaminhados os autos ao Conselho Superior no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave (art. 9º, §1º da Lei de Ação Civil Pública, art. 10, § 1º da Resolução nº 23/2007 do CNMP e art. 21, § 2º da Resolução nº 3/2008 do CSMP);

6. 1 Na hipótese de utilização equivocada da Notícia de Fato ou de Procedimento Administrativo, em que tenham sido realizadas diligências efetivamente investigatórias, o Membro responsável pelo arquivamento não se eximirá do dever de remeter os autos para homologação do Conselho Superior (Súmula nº 3/2013 do CSMP), sob pena de falta grave, haja vista que a própria Lei nº 7.347/85 prevê a remessa do inquérito civil ou "peças de informação" (art. 9º, §1º);

6. 2 Tratando-se de Procedimento Investigatório Criminal, o arquivamento deverá ser submetido a controle judicial, perante o juízo competente (art. 28 do Código de Processo Penal e arts. 15, parágrafo único da Resolução 13/2006 do CNMP e 17 da Resolução nº 001/2013/CPJ), comunicando-se ao Colégio de Procuradores de Justiça.

COMUNIQUE-SE. CUMPRA-SE.

Palmas/TO, 28 de maio de 2015.

JOÃO RODRIGUES FILHO
Corregedor-Geral

ATO CGMP Nº 16/2016

Dispõe sobre o Projeto de Regularização, Organização e Inserção no sistema informatizado dos procedimentos em curso nas Promotorias de Justiça do MP/BA - **PROIN**

O CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pelos incisos IX e XI, do artigo 29, da Lei Complementar nº. 11, de 18 de Janeiro de 1996, e:

CONSIDERANDO que, conforme artigo 27, da Lei Complementar Estadual (LCE) nº 11/96, compete à Corregedoria-Geral a orientação e fiscalização das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público;

CONSIDERANDO que é atribuição do Corregedor-Geral, nos termos do artigo 29, IX do mesmo diploma legal, expedir atos visando à regularidade e ao aperfeiçoamento dos serviços do Ministério Público, nos limites de suas atribuições;

CONSIDERANDO a existência de Promotores de Justiça acumulando inúmeras designações em substituição e/ou auxílio, em razão do déficit de provimento de Promotorias de Justiça;

CONSIDERANDO a necessidade inicial de se garantir o efetivo registro no sistema informatizado adotado no MP/BA de todos os procedimentos extrajudiciais;

CONSIDERANDO que, em consequência, o CNMP determinou que o Corregedor-Geral do MP/BA adotasse providências com o objetivo de fiscalizar, de forma mais efetiva, a tramitação e encerramento dos feitos extrajudiciais, especialmente aqueles com longo tempo de duração;

CONSIDERANDO a premente necessidade de dar impulso e regularização da tramitação desses procedimentos extrajudiciais, sem prejuízo de eventuais medidas disciplinares;

RESOLVE editar o seguinte ato:

Art 1. Fica instituído, no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia, o PROIN, tendo por objetivo a normalização do registro no

sistema informatizado do MP/BA dos procedimentos extrajudiciais das Promotorias de Justiça com atribuição na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como o ordenamento das respectivas Promotorias de Justiça, no que pertine ao acervo em tramitação.

Parágrafo único. O PROIN será executado em módulos com planejamento e em prazos específicos, que serão definidos em cronogramas publicados, podendo haver prorrogação, a critério do Corregedor-Geral do Ministério Público.

Art 2. O PROIN terá equipe composta por:

I – Procurador (es) e/ou Promotor (es) de Justiça Corregedor(es); II – Servidores designados pela CGMP;

– Promotor de Justiça vinculado ao respectivo órgão e unidade; e – Servidor(es) vinculado(s) ao respectivo órgão e unidade.

Art 3. A Equipe do PROIN colaborará no registro dos procedimentos extrajudiciais das Promotorias de Justiça com atribuição na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

§ 1. O registro no sistema Informatizado do MP/BA competirá a equipe designada para atuação no PROIN durante o período preestabelecido;

§ 2. Nas Promotorias de Justiça desprovidas de Promotores de Justiça titulares ou designados, a equipe do PROIN produzirá inventário do acervo, com encaminhamento para as providências pela Procuradoria-Geral de Justiça;

§ 3. O registro no sistema informatizado ministerial cessará a atuação dos membros do PROIN;

Art 4. A atuação da equipe designada para compor o PROIN ocorrerá nas seguintes hipóteses:

Por determinação do Corregedor-Geral; e

Por solicitação do Membro do Ministério Público vinculado ao órgão e unidade. Parágrafo único. O Promotor de Justiça interessado na atuação da Equipe do PROIN deverá remeter por e-mail à Corregedoria formulário próprio (anexo I deste Ato) devidamente preenchido, apresentando as seguintes informações:

– justificativa especificando a necessidade excepcional do auxílio;

– discriminação do número (quando for o caso) e natureza dos feitos existentes na Promotoria de Justiça;

– existência de auxílio ou substituição em outra(s) Promotoria(s) de Justiça.

Art 5. Casos omissos serão resolvidos pelo Corregedor-Geral. Art 6. Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

Salvador, 04 de outubro de 2016.

MARCO ANTÔNIO CHAVES DA SILVA

Corregedor-Geral

Anexo I

REQUERIMENTO PARA ATUAÇÃO DA EQUIPE DO PROIN

1. Para uso da Promotoria de Justiça

Promotoria de Justiça solicitante comarca -	
Promotor de Justiça	
Matéria dos procedimentos/processos	
Há Promotor de Justiça titular	( ) Sim ( ) Não
Em caso negativo, há quanto tempo a Promotoria de Justiça está vaga	
Há prazo de manifestação extrapolado nos procedimentos extrajudiciais relacionados	( ) Sim ( ) Não
	Quantos:
Há risco iminente de prescrição nos procedimentos extrajudiciais relacionados	( ) Sim ( ) Não
	Quantos:

2. Relação dos Procedimentos Extrajudiciais:

Item	N° de Identificação (simp, oficio, etc)	Natureza1	Data de recebimento na PJ2	Data de instauração do procedimento3
01				
02				
03				
04				
05				
06				
07				
08				
09				
10				
11				
12				
13				
14				
15				
16				

1 Procedimento administrativo, procedimento administrativo preparatório de inquérito civil ou inquérito civil, notícia de fato, representação, procedimento investigatório criminal.

2 Momento inicial que aportou na Promotoria de Justiça.

3 Caso já exista portaria baixada para instauração.

3. Justificativa para o Pedido

4. Para Uso da CGMP

O interessado está em dia com os relatórios da CGMP e CNMP	( ) Sim	( ) Não
O Interessado tem substituição remunerada	( ) Sim	( ) Não
	Onde:	
O Interessado tem auxílio remunerado	( ) Sim	( ) Não
	Onde:	
O pedido atende as disposições do Ato n° /2016	( ) Sim	( ) Não

5. Pronunciamento do Procurador/Promotor de Justiça Corregedor:

6. Para Uso do Corregedor-Geral do Ministério Público:

Determinação ex oficio, na forma do art. 5º, alínea 'a', do Ato n. /2016	Início dos trabalhos no dia / /
Deferimento de Solicitação ( )	Início dos trabalhos no dia / /
Indeferimento de Solicitação ( )	Exposição de motivos:

7. Enviar para conhecimento do Promotor de Justiça solicitante, por correio eletrônico, na forma das disposições do Ato n. 12/2014 – CGMP/BA.

RECOMENDAÇÃO Nº 001/CGMP/2014, DE 17 DE JANEIRO DE 2014.

Dispõe sobre a necessidade de elaboração de relatório parcial em Inquérito Civil (IC) e Procedimento Administrativo (PA), no âmbito do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

O CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 18, X e XXVI, da Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994, e pelo artigo 17, inciso IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993,

CONSIDERANDO que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF, art. 129, II), bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a tutela dos interesses difusos e coletivos, entre eles a defesa do patrimônio público;

CONSIDERANDO que inquérito civil é investigação administrativa, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público e destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes ás suas funções institucionais;

CONSIDERANDO que procedimentos administrativos, conforme Resolução nº 005/CPJ/2012, são instaurados para o exercício de atividades-fim da Instituição, destinados ao acompanhamento de fiscalizações, de cunho permanente ou não, de fatos, de instituições e de políticas públicas e demais procedimentos não sujeitos a inquérito civil, instaurados pelo Ministério Público, que não tenham o caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico;

CONSIDERANDO que a escorreita condução e organização das investigações, seja em Inquérito Civil, seja emProcedimento Administrativo, propicia melhor efetividade às medidas a serem adotadas após a conclusão dos procedimentos;

CONSIDERANDO que, dentre os princípios fundamentais chamados de garantias, foi inserido no rol do art. 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45, o inciso LXXVIII I, que garante a razoável duração dos processos judiciais e administrativos;

CONSIDERANDO que o objetivo do dispositivo é assegurar a todos os envolvidos, no âmbito administrativo ou judicial, urna solução concreta em prazo não excessivamente longo, buscando imprimir maior qualidade, celeridade e, consequentemente, eficácia na atividade jurisdicional do Estado;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal adotou a expressão "processo administrativo", de forma lata e, como tal, abrangido está o Inquérito Civil e o Procedimento Administrativo, já que também em referido procedimento toda pessoa (física ou jurídica) tem direito de uma imediata ou breve certeza sobre sua situação jurídica;

CONSIDERANDO que a Lei Complementar Estadual nº 72, de 18 de janeiro de 1994, em seu art. 29, inciso II, estabelece que cabe ao Ministério Público zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

CONSIDERANDO que as constantes remoções, promoções e substituições legais, de membros do Ministério Público, além de constituir obstáculo natural à fluidez do trâmite das investigações, ensejam muitas vezes recomeço de análise integral dos casos e procedimentos adotados, pelo membro do Ministério Público que passa a assumir as funções;

CONSIDERANDO que a realização de deliberações e relatórios parciais, durante o curso das investigações, além de melhor nortear a atuação dos agentes responsáveis pelo andamento do inquérito civil (membros e serventuários), posta-se como excelente mecanismo de atualização das informações angariadas, auxiliando sobremaneira o conhecimento acerca do estado procedimental e fático, tanto àqueles que assim solicitarem, corno, principalmente, ao membro do Ministério Público que passa a atuar no feito;

CONSIDERANDO que tanto a Resolução nº 015/2007, de 27 de novembro de 2007, quanto a Resolução nº 005/CPJ/2012, de 13 de setembro de 2012, em seus arts. 24 e 6º, respectivamente, estabelecem o prazo de conclusão e, caso necessário, de prorrogação (dilação) do Inquérito Civil e Procedimento Administrativo;

CONSIDERANDO que é atribuição da CorregedoriaGeral do Ministério Público expedir recomendações aos órgãos do Ministério Público, sem caráter vinculativo, para o desempenho de suas funções e adoção de medidas convenientes ao aprimoramento dos serviços;

RECOMENDA:

Art. 1º Os Membros do Ministério Público, ao desenvolverem investigações por intermédio de inquéritos civis ou procedimentos administrativos, deverão realizar relatórios parciais nos pedidos de prorrogação (dilação de prazo), com vistas a melhor delineamento do estado procedimental e fático dos autos.

§ 1º A confecção de relatório parcial, além dos casos de prorrogação, também pode ser realizada a qualquer momento, de acordo com o caso concreto, tendo-se por base o tempo já transcorrido de tramitação do feito, a complexidade do objeto e quantidade de informações acumuladas.

§ 2º O relatório parcial deverá consignar breve descrição das atividades já desempenhadas nos autos, bem como as pendências existentes e, quando possível, as medidas ainda a serem encetadas.

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

Campo Grande, 17 de janeiro de 2014.

Mauri Valentim Riciotti

Corregedor-Geral do Ministério Público

RECOMENDAÇÃO GERAL CGMPMG Nº 01/2017 – 2ª EDIÇÃO

Dispõe sobre a atuação do Ministério Público como órgão agente e interveniente no processo civil diante do Novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015).

O CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no exercício de suas atribuições legais, especialmente as previstas no art. 17, inciso IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministéro Público (Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), arts. 38 e 39, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 34, de setembro de 1994, e nos arts. 36, inciso VIII, e 37, inciso I, do Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Resolução CAPJ nº 12, de 28 de setembro de 2016);

PRIMEIRA PARTE – DOS CONSIDERANDOS:

CONSIDERANDO que a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em virtude da sua função orientadora, instaurou procedimento de estudos para analisar algumas das consequências do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2015, alterada pela Lei Federal n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016);

CONSIDERANDO que o procedimento de estudos sobre o Novo CPC/2015 instaurado no âmbito da CGMPMG visa colher propostas e sugestões dos membros e servidores do Ministério Público a partir da entrada em vigor do Novo CPC/2015, com o objetivo de preparar orientações e enunciados de súmulas que possam ser importantes para as atividades do Ministério Público no plano da aplicabilidade no Novo Sistema Processual Civil em relação ao exercício das atribuições institucionais;

CONSIDERANDO a importância, para fins de citações e referências, de se sistematizar uma recomendação de impactos no trabalho institucional no formato de artigos, parágrafos e incisos;

CONSIDERANDO que o art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou 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;

CONSIDERANDO que, nos termos em que foi consagrado na Constituição de 1988, o Ministério Público possui a natureza institucional de garantia constitucional fundamental de acesso à justiça;

CONSIDERANDO que o art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu ao Ministério Público funções institucionais prevalentes de órgão agente;

CONSIDERANDO que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) traz consistente evolução em relação ao CPC de 1973, com destaque para a sintonia entre as disposições sobre a atuação do Ministério Público no processo civil e as diretrizes consagradoras da Instituição, estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CONSIDERANDO, assim, que o novo CPC brasileiro (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) reproduz o teor do artigo 127, *caput,* da Constituição de 1988 e, ainda, consagra que o Ministério Público exercerá o direito de ação nos termos das suas atribuições constitucionais, além substituir a expressão "fiscal da lei" por "fiscal da ordem jurídica" (arts. 176, 177, 178 e 179 etc.);

CONSIDERANDO que o art. 176 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) define as formas de atuação do Ministério Público, quanto à promoção da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO que o art. 178 da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) destacou a necessidade de intervenção do Ministério Público no processo quando envolvidos interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, sendo certo que, nos termos do parágrafo único do referido dispostivo, a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público;

CONSIDERANDO que o art. 279 e seus parágrafos da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) estabelecem que o processo será nulo em razão da ausência de intimação do órgão de execução, nos casos em que o Ministério Público identificar os fundamentos legais que justifiquem a sua intervenção e a existência de prejuízo em razão de sua não intimação;

CONSIDERANDO que o art. 26, inciso VIII, da Lei nº 8.625/93 atribuiu exclusivamente ao Ministério Público a avaliação sobre a pertinência de sua intervenção, quando identificar interesse em causa que a justifique;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público zelar por sua atuação qualificada como interveniente no processo, bem como definir o foco e o momento adequado de sua intervenção;

CONSIDERANDO que o Planejamento Estratégico do Ministério Público e o Plano Geral de Atuação 2016/2017 identificaram a necessidade de posicionamento institucional em relação às prioridades de atuação;

CONSIDERANDO que a Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece a necessidade de otimizar a atuação 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 que o art. 1º da Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe que os órgãos do Ministério Público Brasileiro, no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar o planejamento das questões institucionais, a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atuem, a busca da efetividade em suas ações e manifestações e a limitação da sua atuação em casos sem relevância social para direcioná-la na defesa dos interesses da sociedade;

CONSIDERANDO que o art. 2º da Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público também dispõe que a identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa dos autos e indevida a renúncia de vista;

CONSIDERANDO que o art. 6º da Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia administrativa e funcional, devem disciplinar a matéria da intervenção no processo cível, por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição e sem caráter vinculante;

CONSIDERANDO o teor dos enunciados já aprovados pelo Fórum Brasileiro de Processualistas Civis, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) e, especialmente, **os enunciados constantes na Carta de Tiradentes**, aprovada pelos Magistrados e Membros do Ministério Público participantes do *Congresso de Magistratura e do Ministério Público do Estado de Minas Gerais sobre o novo Código do Processo Civil*, assinada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais;

CONSIDERANDO, outrossim, o teor da Recomendação nº 01/2016 do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, dispondo sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil;

CONSIDERANDO o teor da Carta de Brasília, aprovada em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, que prevê o desenvolvimento de um sistema avaliativo que considere objetivos, metas e indicadores direcionados à análise da eficácia social da atuação dos membros e da Instituição;

CONSIDERANDO as inovações introduzidas pelo Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, entre as quais se destaca a utilização de uma nova metodologia avaliativa pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (art. 204), principalmente no que se refere à atuação resolutiva da Instituição e à relevância social do trabalho prestado por seus membros;

CONSIDERANDO ainda as publicações e os estudos doutrinários e institucionais já realizados sobre a atuação do Ministério Público diante do novo Código de Processo Civil/2015 e, com isso, a necessidade de a Corregedoria-Geral do Ministério Público contribuir, nas suas funções avaliativas e orientadoras, neste momento de transição, para uma atuação mais proativa do Ministério Público no processo civil;

CONSIDERANDO a sistematização constante na publicação efetivada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministéiro Público do Estado de Minas Gerais sobre *O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15): principais inovações e aspectos específicos da atuação Ministerial*;

CONSIDERANDO o teor das consultas e sugestões apresentados por membros e servidores do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no âmbito do Procedimento de Estudos e Pesquisas instaurado por esta Corregedoria-Geral, principalmente tendo em vista o AVISO CGMP N.º 3, DE 17 DE MARÇO DE 2016, que, submetendo a questão à consulta pública institucional, veio a dispor *sobre a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Federal n.º 13.105, de 16 de março de 2016, alterada pela Lei Federal n.º 13.256, de 4 de fevereiro de 2016) e sobre a instauração de procedimentos de estudo do referido Código no âmbito desta Corregedoria-Geral;*

CONSIDERANDO a necessidade e a importância de se destacarem normas fundamentais presentes no Novo CPC/2015 que possam contribuir para uma atuação mais proativa do Ministério Público, em termos da efetividade social de seu trabalho, em conformidade com o art. 204 do Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a Carta de Brasília, aprovada em 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, pelas Corregedorias Nacional e dos Ministérios Públicos dos Estados e da União,

CONSIDERANDO, por fim, que, com o Novo CPC/2015 em vigor, as dúvidas interpretativas e as questões reais surgidas contribuíram para o trabalho da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais;

RESOLVE, resguardado o **princípio da independência funcional**, **sem caráter vinculante**, **RECOMENDAR** o seguinte:

SEGUNDA PARTE – DAS DISPOSIÇÕES ORIENTADORAS:

CAPÍTULO I – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS DIRECIONADAS AO MINISTÉRIO PÚBICO COMO ÓRGÃO AGENTE OU INTERVENIENTE NO PROCESSO CIVIL:

Art. 1º. O Membro do Ministério Público, em atenção ao disposto no art. 1º do CPC/2015, zelará para que o novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) seja interpretado e concretizado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 2º. Os Membros do Ministério Público, em atenção ao disposto no art. 4º do CPC/2015, adotarão todas as medidas necessárias para que o processo em que atuem tenha duração razoável, o que abrange a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

§ 1º O prazo razoável para a solução integral do mérito, incluída a atividade satistativa, previsto nos arts. 4º e 6º do Novo CPC, deverá atender as necessidades concretas do direito material, de modo que permita, conforme o caso, a aceleração ou até o alargamento do procedimento.

§ 2º Os Membros do Ministério Público zelarão para que, nos processos em que atuarem, todos cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015), assim como para que, ressalvadas as exceções legais (parágrafo único do art. 9º do CPC/2015), não seja proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (arts. 9º e 10 do CPC/2015).

§ 3º Os Membros do Ministério Público zelarão, sempre que possível, pela primazia do julgamento de mérito sobre questões meramente processuais (arts. 4º, 139, IX, do Novo CPC/2015).

Art. 3º. Em atenção ao disposto nos §§ 2º e 3º do art. 3º do Novo CPC/2015, os Membros do Ministério Público priorizarão, sempre que possível, a resolução consensual dos conflitos em todas as suas áreas de atuação jurisdicional ou extrajurisdicional.

§ 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, os Membros do Ministério Público analisarão, diante do caso concreto, se a resolução consensual apresenta vantagens sobre a tutela por adjudicação judicial (liminar e/ou sentença ou acórdão), por demonstrar ser a mais adequada, justa e razoável;

§ 2º A aferição da adequação, justiça e razoabilidade da resolução consensual, nos termos do § 1º deste artigo, ocorrerá por intermédio da aplicabilidade de testes de fatores e/ou indicadores de resultado, amparados nas regras de experiência comum decorrentes da observação do que ordinariamente acontece nas atuações dos órgãos Institucionais do Ministério Público.

§ 3º O rol dos métodos de resolução consensual dos conflitos, previsto no § 3º do art. 3º do Novo CPC, é meramente exemplificativo, de modo que, além da conciliação e da mediação, também podem ser destacadas as técnicas de negociação e as práticas restaurativas como medidas a serem adotadas ou sugeridas nos processos pelos membros do Ministério Público.

Art. 4º. A indisponibilidade, em termos de tutela individual, que justifica a atuação do Ministério Público no processo civil como agente ou interveniente é tanto a indisponibilidade subjetiva, decorrente da incapacidade da pessoa, quanto a objetiva, ligada à indisponibidade do bem jurídico tutelado (art. 127, *caput*, da CR/1988), principalmente, nesse caso, quando houver situação concreta de lesão ou ameaça ao direito à vida.

Art. 5º. Para se atender aos fins sociais e às exigências do bem comum na aplicação do ordenamento jurídico, conforme estatui o art. 8º do Novo CPC/2015, os Membros do Ministério Público poderão pleitear todas as medidas e técnicas de tutelas jurídicas adequadas às peculiaridades do caso, inclusive a produção de provas atípicas legítimas, tais como as provas por estatísticas ou por amostragem.

Parágrafo único. Os membros do Ministério Público, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo do ônus estático da prova, previsto no *caput* do art. 373 do Novo CPC, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, zelarão, nas causas em que atuarem, para que o juiz ou o tribunal atribua o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada e garanta à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, nos termos do § 1º do art. 373 do Novo CPC.

Art. 6º. Os Membros do Ministério Público zelarão para que a aplicabilidade do Novo CPC/2015 ao direito processual coletivo seja limitada e condicionada à presença de compatibilidade formal e material, evitando-se, com isso, que hipóteses de aplicabilidade de normas de tutela processual individual gerem prejuízos e/ou restrições à tutela de direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados.

§ 1º Os Membros do Ministério Público zelarão para que o encaminhamento previsto no art. 139, inciso X, do Novo CPC e no art. 7º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) prevaleça, com o ajuizamento das respectivas ações coletivas, sobre a instauração do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, previsto no art. 976 e seguintes do Novo CPC.

§ 2º Os Membros do Ministério Público zelarão para que, na defesa dos direitos fundamentais afetos às suas áreas de atribuição, sejam concedidas e efetivadas todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária (art. 139, inciso IV, do Novo CPC).

§ 3º Os Membros do Ministério Público adotarão medidas para requerer a desconsideração da personalidade jurídica sempre que essa medida mostrar-se útil e adequada ao resultado da demanda, nos termos do art. 133 do Novo CPC.

§ 4º Quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, os Membros do Ministério Público zelarão para que o juiz designe audiência a fim de que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, as quais poderão integrar ou esclarecer suas alegações, nos termos do § 3º do art. 357 do Novo CPC.

§ 5º Para fins do disposto no § 2º do art. 12 do Novo CPC/2015, os Membros do Ministério Público zelarão para que seja conferida prioridade no processamento e no julgamento das ações coletivas e de outras que envolvam a tutela de direitos fundamentais relacionados a situação de lesão e/ou ameaça à vida ou a sua existência com dignidade.

Art. 7º. A disciplina do pagamento das despesas dos atos processuais, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 91 do Novo CPC, é incompatível, do ponto de vista formal e material, com o direito processual coletivo, diante da existência de norma especial sobre a matéria (art. 87 do CDC e art. 18 da LACP), de modo que os Membros do Ministério Público, quando requererem a produção de provas periciais, zelarão pela inaplicabilidade dos referidos dispostivos aos processos coletivos.

Art. 8º. Os Membros do Ministério Público zelarão para que os acordos processuais disciplinados no art. 190 do Novo CPC não tragam restrição aos poderes do juiz no processo, nem restrinjam ou afastem a atuação do Ministério Público.

Parágro único. Os Membros do Ministério Público também zelarão para que os acordos processuais disciplinados no artigo 190 do Novo CPC não restrinjam ou afastem os princípios e as garantias constitucionais do processo.

Art. 9º. Os Membros do Ministério Público zelarão para que a aplicabilidade da estabilização de tutela provisória disciplinada no art. 304 do Novo CPC somente possa ocorrer quando requerida na petição de tutela provisória antecedente.

Art. 10. Nos termos do art. 322, § 2º, do Novo CPC, em caso de demanda que verse sobre direitos fundamentais relacionados à vida ou a sua existência com dignidade, os Membros do Ministério Público zelarão para que a interpretação do pedido seja, sempre que possível, ampliativa em relação ao respectivo direito fundamental objeto da tutela.

Art. 11. Os Membros do Ministério Público zelarão para que a previsão de reconvenção em face do autor na qualidade de substituto processual, prevista no art. 343, § 5º, do Novo CPC, não se aplique aos processos coletivos, tendo em vista a sua incompatibilidade material com o sistema do direito processual coletivo e os riscos que poderão ser gerados ao tratamento adequado e à duração razoável do processo coletivo.

Art. 12. A teor das diretrizes fixadas no art. 489, § 1º, do Novo CPC, os Membros do Ministério Público, quando fizerem a citação de súmula, jurisprudência,

Constituição ou leis em geral, ou quando se utilizarem de conceitos jurídicos indeterminados, zelarão para demonstrar, em suas manifestações, a correlação adequada com o caso em análise, evitando fundamentações meramente abstratas e sem correspondência com a matéria de fato e de direito em apreciação.

Art. 13. Tendo em vista que a disciplina da tutela inibitória e da tutela de remoção do ilícito, previstas no parágrafo único do art. 497 do Novo CPC, é norma geral de eficácia transcendente, aplicável também aos procedimentos especiais previstos no citado Código ou em legislação extravagante, assim como no processo de execução e na fase de cumprimento de sentença, os Membros do Ministério Público atuarão para a devida carga de eficácia desse dispostivo.

Parágrafo único. Os Membros do Ministério Público priorizarão, sempre que possível, a atuação preventiva, de modo a evitar a prática, a continuidade e a repetição do ilícito, assim como para promover remoção dos ilícitos, sendo irrelevante, para as referidas atuações, a teor do disposto no parágrafo único do art. 497 do Novo CPC, a demonstração da ocorrência de dano ou a existência de culpa ou dolo.

Art. 14. Os Membros do Ministério Público, quando da execução de Termo de Ajustamento de Conduta, em vez de executar o título, podem optar, desde que existam justificativas para tanto, pelo ajuizamento da ação de conhecimento para obter título judicial, a teor do art. 785 do Novo CPC.

Art. 15. Os Membros do Ministério Público atuarão para que não lhes seja exigida a demonstração da pertinência temática para a suscitação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Ministério Público, que é legitimado para tanto, nos termos do art. 977, III, do Novo CPC, em sua combinação com o art. 127, *caput*, da Constituição de 1988.

Art. 16. Em razão da falta de razoabilidade e, ainda, da restrição indevida que poderá gerar à tutela coletiva, os Membros do Ministério Público atuarão para que seja afastada dos casos concretos, por ser considerada inconstitucional, a previsão de suspensão de ações coletivas, prevista no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 a 987 do Novo CPC) e no procedimento dos Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos.

Art. 17. Os Membros do Ministério Público, nas suas respetivas áreas de atuação, adotarão todas as medidas para garantir a efetiva manifestação institucional nos processos, incidentes e procedimentos nos Tribunais capazes de gerar a formação, o cancelamento e/ou a revisão de precedentes de caráter vinculante (artigos 926, 927 e 928 do Novo CPC/2015), de forma a contribuir para que estes e a jurisprudência uniformizada possam ser estáveis, íntegros, coerentes e justos, principalmente em relação à tutela jurídica dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais (arts. 3º, 5º, *caput*, §§ 1º e 2º, 127, *caput*, e 129, todos da Constituição de 1988).

§ 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, os Membros do Ministério Público zelarão para que não ocorram retrocessos, restrições ou limitações aos direitos e às garantias constitucionais fundamentais afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público (art. 3º, 5º, §§ 1º e 2º e arts. 127 e 129, todos da Constituição de 1988);

§ 2º Os Membros do Ministério Público adotarão medidas para, em sendo o caso e essa providência mostrar-se a mais adequada, requerer o incidente de assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947, *caput* e § 1º, do Novo CPC).

CAPÍTULO II – DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS VOLTADAS PARA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL

Art. 18. Os Membros do Ministério Público, em matéria cível, ao receberem vista dos autos pela primeira vez, poderão limitar sua manifestação ao exame de interesse público ou social que justifique sua intervenção no processo, nos termos do art. 178 do Novo Código de Processo Civil.

§ 1º Caso avaliem a ausência de causa justificadora para a intervenção, os Membros do Ministério Público consignarão sua manifestação nesse sentido e diligenciarão para providenciar a imediata restituição dos autos ao Juízo competente, evitando-se, com isso, a demora no transcurso do prazo processual, contado agora somente em dias úteis, nos termos do art. 219 do Novo Código de Processo Civil.

§ 2º Caso avaliem a presença de causa justificadora da intervenção, os Membros do Ministério Público poderão restituir os autos ao cartório, com promoção, informando objetivamente que irá intervir no feito, requerendo, no entanto, que somente seja efetuada nova abertura de vista para manifestação acerca de eventual medida cautelar, antecipação de tutela ou para parecer final, observada a última parte do inciso I do art. 179 do Código de Processo Civil (intimação de todos os atos do processo).

§ 3º Mesmo adotada a providência mencionada no § 1º deste artigo, caso haja nova abertura de vista antes do parecer final, os Membros do Ministério Público poderão, após examinar o feito, postular diligências e provas e, caso constatem tratar-se de mero impulso processual, devolver os autos ao cartório com manifestação de ciência.

§ 4º O exame mencionado no *caput* deste artigo poderá ser reavaliado a qualquer momento, a juízo exclusivo dos Membros do Ministério Público.

§ 5º Quando da manifestação final, os Membros do Ministério Público priorizarão, no seu parecer, o exame das questões atinentes às funções constitucionais da Instituição, objetivando apurar irregularidades e induzir políticas públicas de

efetivação de direitos fundamentais, conectando a atuação interveniente com aquela de órgão agente.

Art. 19. Destacam-se como de interesse social, determinando a atuação do Ministério Público, nos termos da Recomendação nº 34/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público e desta Recomendação, as demandas que abranjam:

I - ações que visem à prática de ato simulado ou à obtenção de fim proibido por lei;

II - normatização de serviços públicos;

III - licitações, contratos administrativos, concurso público, bens públicos, saúde pública e defesa de prerrogativas de órgãos públicos;

IV - ações de improbidade administrativa e outras ações constitucionais, notadamente as que visem à tutela de interesse social ou de direito individual indisponível;

V- os direitos assegurados às minorias em situação de vulnerabilidade;

VI – meio ambiente, notadamente licenciamento ambiental, infrações ambientais, ações relativas à ordem urbanística, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

VII - direito econômico e direitos coletivos dos consumidores;

VIII - os direitos das crianças e dos adolescentes, dos incapazes, dos deficientes e dos idosos em situação de vulnerabilidade ou de risco;

IX - ações que envolvam acidentes de trabalho, quando o dano tiver projeção coletiva;

X - ações rescisórias de decisões proferidas em ações judiciais nas quais o Ministério Público já tenha atuado como órgão interveniente ou agente;

XI - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana;

XII - ações anulatórias de termo de ajustamento de conduta, ações impugnando atos praticados no inquérito civil, nos procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público e ações ou medidas relacionadas com o exercício de atividades ligadas ao crime e/ou à contravenção penal;

XIII - ações e medidas relacionadas com a tutela de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

XIV - processos, incidentes e procedimentos nos Tribunais capazes de gerar precedentes de caráter vinculante, nos termos dos artigos 926, 927 e 928 do Novo CPC/2015.

Parágrafo único. Os assuntos considerados relevantes pelo Planejamento Estratégico Institucional e pelo Plano Geral de Atuação são equiparados aos de interesse social (art. 5º, parágrafo único, da Recomendação nº 34, de 5 de abril de 2016).

Art. 20. Em matéria cível, os Membros do Ministério Público, verificando inexistência de interesse público ou social que justifique sua intervenção, poderão limitar-se a consignar a sua conclusão, especialmente nas seguintes hipóteses:

I - procedimentos especiais de jurisdição voluntária, quando não houver interesse público ou social, interesse de incapaz ou interesses subjacentes a litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana;

II - habilitação de casamento, salvo quando se tratar de estrangeiro, ou quando houver apresentação de impugnação, oposição de impedimento, justificações que devam produzir efeito nas habilitações e pedido de dispensa de proclamas;

III - ação de divórcio ou separação judicial, quando não houver interesses de incapazes;

IV - ação de reconhecimento e de extinção de união estável, e respectiva partilha de bens, quando não houver interesse de incapazes;

V - procedimento de conversão de união estável em casamento e conversão de união homoafetiva em casamento, quando não houver interesse de incapazes;

VI - ação ordinária de partilha de bens entre partes maiores e capazes;

VII - ação relativa ao estado de filiação quando as partes envolvidas forem maiores e capazes;

VIII - ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no rito da penhora, entre partes capazes, excetuadas as hipóteses das ações envolvendo pessoas em situação de risco, tais como idosos e pessoas com deficiência;

IX - ação relativa às disposições de última vontade sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou quando envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;

X - ação de indenização decorrente de acidente do trabalho entre partes capazes, salvo quando houver repercussão coletiva;

XI - ação que verse sobre direitos previdenciários, ressalvada a existência de interesse de incapazes, deficientes e/ou idosos em situação de vulnerabilidade ou de risco;

XII - ação de usucapião não coletiva de imóvel, quando não houver interesse de incapaz, ressalvadas as hipóteses do art. 12, §1º, da Lei nº 10.257/2001, ou quando envolver parcelamento ilegal do solo para fins urbanos ou rurais, ou quando se vislumbrar risco, ainda que potencial, de lesão a interesses sociais e individuais indisponíveis;

XIII - ação de usucapião de bem móvel, quando não houver interesse de incapaz;

XIV - ação em que seja parte a Fazenda Pública ou o Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial,

sem implicações de ordem constitucional, quando o objeto da demanda não tiver projeção coletiva e não identificada relevância social;

XV - ação que envolva fundação de entidade de previdência privada, quando o objeto da demanda não tiver projeção coletiva;

XVI - ação em que seja parte sociedade de economia mista, quando o objeto da demanda não tiver projeção coletiva;

XVII - requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido, salvo hipótese de projeção coletiva ou de existência de ilícito grave;

XVIII - ação em que seja parte empresa em recuperação judicial ou extrajudicial, salvo a situação prevista no art. 66 da Lei nº 11.101/2005;

XIX - ação em que seja parte a massa falida fora do juízo falimentar, salvo se prevista a intervenção na lei ou se o objeto da demanda repercutir coletivamente;

XX - ação que verse sobre direito individual disponível de consumidor, de caráter não homogêneo, sem a presença de interesses de incapazes, de deficientes ou de idosos em situação de risco;

XXI - ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial;

XXII - procedimento administrativo ou judicial em matéria de registro público, referente à suscitação de dúvidas e retificações de registros, quando não houver interesse de incapazes e relevância social;

XXIII - ação rescisória, se, na causa em que tiver sido proferido o julgado rescindendo, não tiver ocorrido ou sido cabível a intervenção do Ministério Público;

XXIV - pedido de assistência judiciária, salvo quando formulado por ausente, incapaz, deficientes ou idosos em situação de risco;

XXV - ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção.

Art. 21. É prescindível a manifestação, em primeiro grau, acerca da admissibilidade de recurso de apelação.

Art. 22. É prescindível a atuação simultânea, no mesmo grau de jurisdição, de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição.

Art. 23. A manifestação em primeiro grau não vincula o exame dos Membros do Ministério Público de Segundo Grau em relação à análise de pertinência de sua intervenção perante a instância recursal.

Art. 24. O Ministério Público intervirá obrigatoriamente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ainda que verse a questão sobre direitos disponíveis (art. 976, II, do Novo CPC).

Parágrafo único. O Ministério Público intervirá obrigatoriamente no Incidente de Assunção de Competência, com fundamento nos arts. 178, I, e 947,

ambos do Novo CPC, c/c art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 25. A identificação do interesse público ou social no processo é juízo exclusivo dos Membros do Ministério Público, constituindo-se, para tanto, necessária a remessa dos autos e indevida a renúncia de vista.

CAPÍTULO III – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS:

Art. 26. A antinomia de regras previstas no Código Civil e no Código de Processo Civil, relativamente à definição da curatela da pessoa com deficiência, mediante a alteração do sistema de incapacidades efetivada pelo advento da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão/Estatuto da pessoa com deficiência) e a vigência pós *vacatio legis* da Lei nº 13.105/2015, deve ser resolvida através do *diálogo de fontes*, preservando sempre a dignidade da pessoa humana com deficiência (Constituição de 1988, art. 1º, III), o efeito jurídico-constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (art. 3, *a*, princípios gerais), o protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Parágra único. Para fins do dispsto no *caput* deste artigo, na exegese das normas materiais e procedimentais, deve prevalecer aquela mais benéfica à pessoa com deficiência (art. 121 da Lei 13.146/15), preferindo-se, no caso, a definição de curatela da pessoa com deficiência como medida protetiva extraordinária, com o arredamento da expressão jurídica *interdição* como medida determinante da incapacidade civil.

Art. 27. Para fins do disposto no art. 477, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua combinação com o art. 127, *caput*, da Constituição de 1988, e considerando o disposto no art. 61 do Ato CGMP n.º 2, de 2 de janeiro de 2017, a assistência do Ministério Público às rescisões de contrato de trabalho deve ser prestada somente quando, no município-sede da comarca, não existir sindicato da categoria, órgão do Ministério Público do Trabalho, representação do Ministério Público do Trabalho ou Juiz de Paz e, notadamente, se houver interesse de incapaz, deficiente e /ou idoso em situação de vulnerabilidade.

Art. 28. É recomendável que a redução significativa do quantitativo processual de Promotoria ou Procuradoria, decorrente da adoção da presente Recomendação, implique a adesão a projeto institucional de impacto social (art. 204 do Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) ou o acréscimo e/ou a redifinição das atribuições, nos termos do art. 7º da Recomendação CNMP nº 34, de 5 de abril de 2016.

Art. 29. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 30. A Chefia de Gabinete da Corregedoria-Geral adotará todas as medidas para promover a ampla divulgação institucional desta Recomendação, inclusive no

Boletim Informativo deste Órgão Correcional e em outros veículos de comunicação do Ministério Público.

Art. 31. Revogam-se as disposições orientadoras em sentido contrário a esta Recomendação, emanadas desta Corregedoria.

Registre-se e publique-se.

Belo Horizonte (MG), 29 de março de 2017.

PAULO ROBERTO MOREIRA CANÇADO

Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



Conselho
Nacional do
Ministério Público

