

ABORDAGEM PRÁTICA SOBRE A ATIVIDADE FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS QUANTO À PENA DISCIPLINAR DE SUSPENSÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

[Practical approach on the supervisory activity of the public Prosecution's Offices of Professional Responsibility related to the disciplinary penalty of suspension of the public prosecutor]

Rafael Schwez Kurkowski¹

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 processos² disciplinares oferecidos contra membros³ do Ministério Público⁴. 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 Pallegriani; 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 Mazzilli⁷, 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 LONMP⁹, que tem função cautelar¹⁰, 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 8429/1992¹¹, igualmente de caráter cautelar¹².

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 defesa¹³. 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 mitigados¹⁶.

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 MPMGO (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 8.625/1993²⁰, nos casos em que concentre no corregedor-geral as atribuições de instauração e de decisão do processo disciplinar, compromete a mezinha 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 CF²⁴, o CNMP²⁵, 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 correccional 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 servidores²⁶, o CNMP pode revisar a aplicação de uma penalidade disciplinar pelo órgão correccional local. Após o trânsito em julgado da decisão disciplinar local²⁷, é possível, por exemplo, revisar uma pena de censura para torná-la suspensão²⁸, agravar o tempo de suspensão²⁹ ou inclusive absolver o membro³⁰.

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 RICNMP³².

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 disciplinar³³.

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 cautelar³⁶: 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 STJ³⁷. 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 efetivo³⁸. Igualmente, não se admite o desconto no subsídio³⁹. Inclusive, a previsão em lei estadual de perda parcial de remuneração de servidor público durante o afastamento preventivo é inconstitucional⁴⁰. 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 periclitación”. (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 Amílcar 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 proporcionalidade⁴¹, 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 estaduais⁴³. 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 definido⁴⁵, a LOMPU prevê um limite de 120 dias. As demais leis orgânicas estaduais também preveem tetos próprios. Além de esse limite não poder ser elástico⁴⁶, 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 esboçado, 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 insito 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 8.112/1990⁴⁸. 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 Democrático⁵¹, pode ser estudada sob o prisma da proibição de excesso (*Ußermassverbot*), 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 *Ußermassverbot*, ou seja, proibição de excesso; já há algum tempo, fala-se também em *Untermassverbot*, que pode ser traduzido como proibição de insuficiência⁵³. 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 terceiros⁵⁴.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris⁵⁵, 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-proporcionalidade-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.

excesso⁵⁷. 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 termos 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 percutiente 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 público⁶⁰. 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 LONMP⁶¹, 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 pertence⁶².

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 Região⁶⁵.

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, inexistente 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 9.784/1999⁶⁹ –, 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 Pallegriani; 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/constituicao-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.