

A PERDA DO CARGO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Renee do Ó Souza¹

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-las³.

Como colocado ao final da lição acima, a garantia da vitaliciedade é destinada à independência e autonomia da instituição⁴. 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 desagradada uma das partes. Quando não a todos os envolvidos na cena judiciária⁵.

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 probatório⁶.

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 política⁷.

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 política⁸, 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 Federal⁹ 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 microsistema de combate à improbidade, com peculiaridades próprias e que comina sanções de natureza cível, também em relação aos membros do Ministério Público Estadual inexistente 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 Justiça¹²:

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 específica 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 à 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 entendendo cabível a perda do cargo de Magistrado em decorrência do 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 interno¹⁴, 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 jurídico¹⁵.

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 federal¹⁶.

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, Órgão 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 derogado 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 penal¹⁸.

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 Penal¹⁹.

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 CONDENADO. 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 condenado²⁰.

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 penal²¹.

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 criado²².

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 Jatthy (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 anos²³.

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 casos²⁴.

O Supremo Tribunal Federal²⁵ e o Superior Tribunal de Justiça²⁶ 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 constitucional²⁷.

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 precedente. (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 guarda²⁹. Outras leis estaduais incluíram os crimes contra os costumes, tráfico de entorpecentes³⁰, estelionato³¹, dolosos contra o patrimônio, previstos no art. 5º, XLIII, da Constituição da República³².

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 Público³³. 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 Público³⁴.

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 mérito³⁵.

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 Decoiman, 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, conseqüentemente da impunidade administrativa:

Exigir-se o esgotamento de todas as instâncias recursais na notoriamente sobrecarregada Justiça brasileira significa assumir a ocorrência da prescrição e, conseqüentemente, da impunidade administrativa [...] Não é demais, então, concluir 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 Público, 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 processuais³⁷. 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 criminal 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 Federal³⁸.

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 penal³⁹.

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 causa⁴⁰. 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 causa⁴¹.

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 Justiça⁴².

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 cargo⁴³.

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, inexistente 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 civil⁴⁴.

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 forma⁴⁵. 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 cargo⁴⁶.

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 indispensável⁴⁷ 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 cancelar tal deliberação.

Além disso, inexistente 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. 130-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 Advogado nº 1207/2012-43, Rel. Adilson Gurgel Castro, j. 30/7/2013, Procedimento Advogado 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 (1/4) 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 8.112/1990⁴⁸.

As Leis Federais acima não contemplam hipóteses diretas de suspeição e impedimento para esses casos, de modo que o emprego da analogia afigure-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 recomendável⁴⁹, o processo administrativo disciplinar brasileiro não adotou o sistema acusatório puro de modo que inexistência 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 Paulo⁵⁰ e Rio Grande do Sul⁵¹, além da LOMPU⁵², por exemplo.

Insta destacar que, em regra, inexistência de sigilo 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 da 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 cometidas⁵³. 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 desta⁵⁴.

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 expressa⁵⁵.

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 perfeito⁵⁷ e ainda que o ato ilícito tenha sido praticado depois que o agente tenha reunido os pressupostos para aposentar-se⁵⁸.

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 proposta⁵⁹.

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, Rel. 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 indicição 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, conseqüentemente, 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.