

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.987 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
IMPTE.(S) : **DAYAN MOREIRA ALBUQUERQUE**
ADV.(A/S) : **CAROLINE DO REGO BARROS SANTOS E OUTRO(A/S)**
IMPDO.(A/S) : **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Dayan Moreira Albuquerque, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas, em face de ato do Conselho Nacional do Ministério Público, que julgou procedente a Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00998/2016-44, substituindo a penalidade de censura, aplicada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Acre, pela pena de perda de cargo, com determinação ao Procurador-Geral de Justiça para que ajuíze a respectiva ação civil no prazo máximo 30 (trinta) dias, conforme se depreende da seguinte ementa:

“REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. SUBSTITUIÇÃO DE APENAS 06 DIAS E EM RECESSO FORENSE. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO EM PROCESSOS QUE SEQUER ESTAVAM COM VISTAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRÉVIA CONVERSÇÕES EM MAIS DE 50 LIGAÇÕES TELEFÔNICAS COM O ADVOGADO DA PARTE. ATOS PRATICADOS POR INTERESSE DE ADVOGADO AMIGO ÍNTIMO. ARQUIVAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO ÀS VÉSPERAS DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E EM PLENO RECESSO. PEDIDO MOTIVADO EM DECORRÊNCIA DE UMA PARTE SER IRMÃ DE UM AMIGO ÍNTIMO DO DEFENDENTE. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO QUANDO O

MS 34987 MC / DF

INVESTIGADO CONFESSA QUE DIRIGIA ALCOOLIZADO. PEDIDO FORMULADO SEM TER ACESSO AOS AUTOS ELETRÔNICOS. POSTERIOR OFERECIMENTO DE DENÚNCIA POR OUTRO PROMOTOR NO INQUÉRITO E NO TCO. MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS DE PROMOTOR DE JUSTIÇA COM FALTA DE ZELO, EM CONTRARIEDADE EXPRESSA À DISPOSIÇÃO DA ORDEM JURÍDICA VIGENTE E VISANDO ATENDER INTERESSE PESSOAL. CARACTERIZAÇÃO, EM TESE, DE CRIME DE PREVARICAÇÃO E DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, QUE AUTORIZAM A PERDA DO CARGO. ARTIGO 77, V, C/C ARTIGO 79, II, AMBOS DA RESOLUÇÃO N. 92/2013 (REGIMENTO INTERNO DO CNMP). REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR QUE SE IMPÕE, PARA MODIFICAR A PENA, MAJORANDO-A. PERDA DE CARGO. **PROCEDENTE.**

- Cuida-se de pedido de revisão do processo administrativo disciplinar, no qual foi aplicada a pena de censura em desfavor do Promotor de Justiça pelo MP local, objetivando-se majorar a pena e aplicar a sanção disciplinar de **perda do cargo.**

- Decorreu-se menos de um ano entre a data do julgamento definitivo do PAD e o pedido de Revisão, de modo que se cumpriu o prazo previsto no art. 109 do RICNMP.

- Inocorrência de prescrição, que segue o prazo da legislação penal e o prazo previsto na Lei Orgânica do MPAC para atos de improbidade.

- Durante substituição legal que exerceria **durante seis dias, por ocasião do período de recesso**, o Promotor formulou pedido de arquivamento de processo de Ação de Improbidade que não estava concluso ao Ministério Público e estava com audiência agendada para os dias seguintes e de Ação Penal, movido por amizade íntima do agente com o advogado ligado a uma das partes; bem como promoveu o arquivamento de Inquérito Policial, agindo de forma pessoalizada, *“com falta de zelo e em contrariedade expressa à disposição da ordem jurídica*

MS 34987 MC / DF

vigente”.

- Incorreu, portanto, em tese, na prática de crime (prevaricação) e na prática de ato de improbidade.

- Em todos os procedimentos, não incidia qualquer fato que justificasse a atuação do Promotor de Justiça durante o curto período em que substituiu o titular da Promotoria no recesso, visto que não apresentava nenhuma natureza urgente e nem se tratava de réu preso.

- Impossibilidade de aplicar a lei local que condiciona a ação civil de perda de cargo ao trânsito em julgado da decisão condenatória proferida no processo criminal; ou de restringir o conceito de improbidade administrativa para fins de perda do cargo. Precedentes o CNMP e do STF.

- Pedido que se julga Procedente.”

Dessa decisão, o Impetrante opôs embargos de declaração e o CNMP julgou-os na 10ª Sessão ordinária de 2017, na qual os embargos foram acolhidos em parte para acrescentar à parte dispositiva um segundo fundamento, o qual, segundo o relator, já era apreensível do conteúdo do voto.

Opôs o autor, então, segundos embargos declaratórios, apreciados e rejeitados na 11ª Sessão Ordinária de 2017, sem prévia intimação do impetrante. Referida decisão foi assim ementada (eDOC 19):

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. DÚVIDAS SANADAS NOS EMBARGOS ANTERIORES. EMBARGOS PROTELATÓRIOS. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO CONHECIMENTO.

- A parte alega que deveria constar na certidão de julgamento que o julgamento se deu por maioria e não por unanimidade. Afirma, ainda, que apenas o suposto ato ímprobo constou como fundamento da aplicação da pena de perda do cargo, e não deveriam constar como fundamento da pena os atos reputados ilícitos penais.

- As dúvidas acaso existentes acerca dos fundamentos

MS 34987 MC / DF

utilizados para a imputação da sanção foram devidamente sanadas com o julgamento dos anteriores embargos. Com efeito, a prática dos atos criminosos restaram expressamente considerados na imputação da pena, conforme se verifica da decisão dos embargos

- Pela mesma razão não se deve considerar que houve julgamento por maioria e sim por unanimidade, uma vez que os embargos foram julgados à unanimidade e não foram levantadas divergências no momento do julgamento dos aclaratórios.

- Por derradeiro, o embargante novamente põe em relevo o fato de o Conselho ter afastado a aplicação da regra expressa e específica do art. 60, §§1º e 2º da Lei Complementar Estadual n.º 08/83 (atual art. 202, I, §§ 1.º e 2º da LCE n.º 291/14). A questão foi exaustivamente analisada, tanto no primeiro julgamento pelo Plenário, quanto no julgamento dos embargos.

- Embargos meramente protelatórios. Trânsito em julgado do feito.

- Embargos de declaração não conhecidos.”

Sustenta o Impetrante, em síntese (eDOC 1, p. 3-5):

“(a) violou o direito líquido e certo do Impetrante de não ter sua situação jurídica agravada no julgamento de recurso por ele interposto (CF/88, art. 5º, LIV);

(b) violou o direito líquido e certo do Impetrante ao deixar de intimá-lo previamente da pauta de julgamento de seu recurso (provido em parte), subtraindo-lhe o direito de defesa (CF/ 88, art. 5º, LV);

(c) violou direito líquido e certo do Impetrante, enquanto membro vitalício do Ministério Público do Estado do Acre, de somente se sujeitar à pena de perda do cargo quando presentes os requisitos e condições definidos em legislação especial (art. 202, I, §1º da Lei Complementar Estadual n.º 291/2014 e art. 38, §1º, I da Lei 8.625/93), bem como de se submeter a uma ação civil de perda do cargo apenas quando satisfeita a condição de procedibilidade prevista pela norma de regência (art. 202, §2º da LOMP/AC), o que não é o

MS 34987 MC / DF

caso.

(d) exorbitou de suas atribuições (CF/88, art. 130-A, §2º), **usurpou** das competências definidas no art. 102, I, “a” e art. 128, §5º, ambos da Constituição Federal e, ainda, **contrariou** precedentes desse e. STF (cf. MS 27.744/DF, rel. Min. Luiz Fux), ao exercer indevido controle abstrato de constitucionalidade e legalidade de lei em sentido estrito (art. 202, I, §§1º e 2º da LCE n.º 291/14) com o fim de afastá-la do cenário jurídico e viabilizar a canhestra condenação do Impetrante.

(e) exorbitou das atribuições definidas pelo art. 130-A, §2º da Constituição Federal, **vulnerou** a reserva judicial estabelecida pelo art. 128, §5º, I, “a” da Carta Federal, e, ainda, **contrariou** julgados desse e. STF sobre a matéria (cf. MS 31.354/DF, rel. Min. Celso de Mello), ao aplicar, ele próprio, a pena de perda do cargo ao Impetrante, além de compelir o Procurador-Geral de Justiça do MP/AC, com visível e descabida transgressão à sua independência funcional (CF/88, art. 127, §1º) e invasão de atribuições (Lei 8.625/93, art. 38, §2º), o ajuizamento da respectiva ação civil no prazo máximo de 30 dias.

(f) violou o direito líquido e certo do Impetrante de não ser submetido a tratamento discriminatório ou anti-isonômico (CF/88, art. 5.º, caput), ao adotar, de modo casuísta, solução jurídica diversa e dissonante do entendimento que o Conselho passou a fixar em relação aos critérios para ajuizamento de ação civil para perda do cargo de membros vitalícios do Ministério Público, a partir do julgamento do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) n.º 1.00226/2016.”

Requer a concessão de medida cautelar para sustar os efeitos do acórdão do CNMP até o julgamento de mérito do presente *writ*, e, ao final, requer a concessão definitiva da ordem para:

“(c.1) anular do v. acórdão proferido da 10ª Sessão Ordinária do CNMP, de 24.05.2017, que julgou os primeiros aclaratórios, a fim de que outro seja proferido;

(c.2) anular o julgamento dos segundos embargos de declaração, dada a falta de intimação da defesa, e, neste ponto, da própria determinação de trânsito em julgado do acórdão que impôs ao

MS 34987 MC / DF

Impetrante a perda do cargo;

Eventualmente superadas as preliminares, para reconhecer:

(c.3) que o Impetrante não pode se sujeitar à pena de perda do cargo sem que os requisitos definidos no art. 60, I, §§1º e 2º da Lei Complementar Estadual n.º 08/83, e reproduzidos no art. 202, I, §§1º e 2º da Lei Complementar Estadual n.º 291/14, estejam satisfeitos;

(c.4) que o Conselho Nacional do Ministério Público não tem atribuição constitucional para exercer controle de legalidade e constitucionalidade de lei em sentido estrito, muito menos para afastar e deixar de aplicar lei específica que regula e disciplina, nos termos e limites do art. 128, §5º da Carta Magna, o regime jurídico dos membros do Ministério Público do Estado do Acre;

(c.5) que o Conselho Nacional do Ministério Público não tem atribuição constitucional para, ele próprio, aplicar pena de perda do cargo a membros vitalícios do Ministério Público, e, igualmente, de impor ao Procurador-Geral de Justiça o dever de ajuizamento da respectiva ação civil.”

Determinada a oitiva prévia da autoridade apontada como coatora (eDOC 41), o Conselho Nacional do Ministério Público sustentou a ausência de ilegalidades no âmbito da Revisão de Procedimento Disciplinar n.º 1.00988/2016-44 (eDOC 44).

É o relatório do essencial. Decido.

Primeiramente, a justificar a competência desta Corte para apreciação e julgamento do presente *mandamus*, ressalte-se que, nos termos do artigo 102, I, alínea ‘r’ da Constituição da República, este Colendo Tribunal já assentou entendimento no sentido de que apenas quando se puder depreender eventual inobservância do devido processo legal e de irrazoabilidade do ato impugnado, abre-se a via para a impugnação dos atos do CNMP pela estreita via do mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal.

É como entende a jurisprudência desta Casa:

“Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

MS 34987 MC / DF

ARQUIVAMENTO DE RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR PELO CNJ. AUSÊNCIA DE VÍCIO CAPAZ DE ENSEJAR A REVISÃO JURISDICIONAL DO ATO DE ARQUIVAMENTO PELO STF.

1. Como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado.”

(MS 33690 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 17-02-2016 PUBLIC 18-02-2016)

Logo, diante da possibilidade, aferida nessa seara ínsita ao juízo de cognição precária, da configuração de eventual inobservância do devido processo legal, ou de atuação exorbitante do Conselho Nacional do Ministério Público, entendo subsistir competência ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do presente feito, sem embargo de evolução do entendimento quando do julgamento definitivo do mérito.

Quanto ao pleito liminar, atinente à suspensão da decisão do CNMP que, revisando os autos de procedimento administrativo disciplinar, determinou a majoração da penalidade aplicada, todavia, entendo que, *prima facie*, não restou demonstrada a presença dos requisitos autorizados à concessão da medida cautelar pleiteada.

De fato, a despeito de toda a narrativa trazida na exordial, não antevejo a presença do *fumus boni iuris* necessário ao deferimento da liminar.

Primeiramente, ressalte-se que, do rol de competências do CNMP, exsurge a possibilidade de revisão dos processos administrativos julgados pelos Colegiados disciplinares, conforme se depreende do artigo 130-A, §2º do texto constitucional:

“Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta

MS 34987 MC / DF

do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

(...)

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

(...)

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

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

(...)”

Portanto, no âmago da competência correicional conferida pela Constituição ao CNMP, consta expressamente a possibilidade de revisão dos autos de processos disciplinares julgados na origem, de modo a desempenhar a tarefa de controle dos órgãos a ele subordinados cominada pelo texto da constituição.

Colocado o pano de fundo da questão debatida, passa-se à análise dos argumentos suscitados pelo Impetrante, numa perspectiva sumária inerente a essa fase processual.

Quanto ao primeiro argumento, sustenta-se o agravamento da situação do Impetrante no julgamento dos embargos de declaração, pois, segundo sustenta, apenas o fundamento da classificação dos atos avaliados pelo CNMP como ímprobos teria sido levado em consideração quando do julgamento do feito, e teria sido acrescido, apenas em sede de apreciação dos embargos de declaração, o fundamento de que os atos

MS 34987 MC / DF

também consistiriam em crime de prevaricação.

Contudo, dos documentos juntados à exordial, entendo que ambos os fundamentos constaram do voto do Relator, como se depreende dos seguintes trechos:

“Ora, não há, efetivamente, impedimento legal a que, de forma fundamentada, os membros do *Parquet* desistam ou arquivem os feitos administrativos.

Todavia, produzir manifestações para, comprovadamente, satisfazer laços de amizade, importa em afronta a normas disciplinares.

Aliás, a conduta do requerido transcende o impedimento **disciplinar para resvalar em ofensa a normas de caráter penal**, consubstanciando seu modo de agir na tipificação criminal denominada **prevaricação**, prevista no art. 319 do Código Penal (“**Art. 319** - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: **Pena** - detenção, de três meses a um ano, e multa”).

O crime de prevaricação é cometido por funcionário público quando, indevidamente, retarda ou deixa de praticar ato de ofício ou o pratica para satisfazer interesse pessoal. **A Corregedoria Nacional entendeu que o promotor agiu para satisfazer a amizade que tinha com o representante dos acusados.**

(...)

Após observar que os fatos analisados são enquadráveis como crime e como improbidade administrativa, a Corregedoria Nacional constatou que o artigo 202, § 2º, da Lei Complementar n.º 291/2014 (Lei Orgânica do MP/AC), impõe que a ação civil para decretação da perda do cargo, com fundamento em prática de crime, **somente poderia ser** ajuizada após o trânsito em julgado da decisão condenatória proferida no processo **criminal** instaurado em decorrência da prática do crime.

Outrossim, a Corregedoria Nacional observou que, nos

MS 34987 MC / DF

termos do 202, § 1º, da LC n.º 291/2014, o ato de improbidade que gera a perda do cargo somente se restringe àqueles que *“importem lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio público ou de bens confiados à sua guarda”*.

Nesse sentido, restou consignado, na inicial, que há uma discrepância com o disposto na Lei Federal 8.429/92, que *“prevê que a perda do cargo pode se dar por meio da condenação do agente público em qualquer um dos tipos de improbidade, isto é, por ato que importe em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da administração”*. A norma estadual, portanto, restringiu as hipóteses de improbidade, previstas em lei federal, que levariam à perda do cargo.

Assim, a ideia central exposta pela Corregedoria Nacional é a de que *“Essas impropriedades da Lei Complementar Estadual n.º 291/2014, por ferirem diretamente normas contidas em Leis Federais podem ser refutadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (...)”*.

Em complemento, afirma que, *“tanto a Lei Federal n.º 8.625/93 como a Lei Complementar Federal n.º 75/93 não condicionam o AJUIZAMENTO da ação de perda do cargo ao trânsito em julgado da decisão CONDENATÓRIA proferida no processo criminal”*.

Ora, *“a exigência de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal para o ajuizamento de ação civil de perda do cargo é absurda porque, neste caso, já haverá sido decretada a perda do cargo como efeito da sentença condenatória, ex vi, art. 92, I, do Código Penal”*.

Afirma, ainda, que *“a Lei Estadual extrapolou os limites dados pela legislação nacional do Ministério Público brasileiro que exerce poder de conformação direto dado pela Constituição Federal e por isso só pode ser complementado pela legislação estadual naquilo que forem silentes”*.

(...)

Ademais, recentemente, o CNMP enfrentou este tema quando do julgamento do PCA n.º 1.00266/2016-46, sob a relatoria do Conselheiro Fábio George, oportunidade em que

MS 34987 MC / DF

reconheceu que se faz **desnecessário** o trânsito em julgado da ação penal ou da ação de improbidade administrativa para que haja o ajuizamento da ação civil para a perda do cargo. (...)”

Do voto, portanto, se depreende haver sido qualificado o agir do Promotor também sob o aspecto criminal, tanto assim que da conclusão do aresto consta a indicação de propositura de ação penal para investigação dos fatos. Assim, não depreendo tenha havido piora na situação do Impetrante quando do julgamento dos aclaratórios que ressaltaram o aspecto acima narrado.

De outra parte, também não antevejo razão ao argumento da necessidade de intimação prévia para o julgamento dos segundos embargos de declaração opostos pelo Impetrante em face da decisão, eis que, nos termos do artigo 156, §2º, do Regimento Interno do CNMP não há previsão de intimação dos advogados do embargante da sessão de julgamento dos aclaratórios, eis que estes são apresentados em mesa pelo Relator:

“Art. 156. Das decisões do Plenário e do Relator cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão, contradição ou erro material.

(...)

§ 2º Os embargos de declaração de acórdãos serão submetidos, em mesa, à deliberação do Plenário pelo Relator ou pelo seu Redator, conforme o caso.”

O simples fato de ter havido intimação prévia no julgamento dos primeiros embargos declaratórios opostos não tem o condão de invalidar a previsão regimental, razão pela qual não se verifica verossimilhança do direito alegado, no ponto.

Voltando-se ao acórdão que apreciou a Revisão do Processo Administrativo, o Impetrante sustenta que só poderia se sujeitar à penalidade de perda do cargo quando presentes os requisitos da legislação estadual, que assim dispõe (Lei Complementar Estadual nº

MS 34987 MC / DF

291/2014):

“Art. 202. O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo ou terá cassada a aposentadoria ou disponibilidade por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I - prática de crime ou ato de improbidade administrativa, incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II - exercício da advocacia, salvo se aposentado;

e III - abandono de cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

§ 1º Para os fins previstos no inciso I deste artigo, consideram-se incompatíveis com o exercício do cargo os crimes contra a administração e a fé pública, e os crimes cuja condenação for superior a quatro anos e os atos de improbidade que importem lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio público ou de bens confiados à sua guarda.

§ 2º A ação civil para decretação da perda do cargo ou para cassação da aposentadoria ou da disponibilidade, baseada no inciso I deste artigo, somente poderá ser ajuizada após o trânsito em julgado da decisão condenatória proferida no processo criminal instaurado em decorrência da prática do crime.”

Ademais, sustenta o Impetrante que o CNMP promoveu controle de constitucionalidade da norma estadual, ao afastá-la para o fim de aplicá-la a penalidade de perda do cargo sem observar as condicionantes ali previstas, exorbitando de suas atribuições.

Contudo, em análise da decisão ora impugnada, e contrastando-a com recente precedente firmado pelo Plenário desta Casa, não depreendo que o CNMP tenha extrapolado de suas funções.

De fato, especificamente no caso concreto, compreendeu o órgão pela desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou de ação de improbidade para possibilitar o ajuizamento de ação civil para perda do cargo por membro do *Parquet*

MS 34987 MC / DF

estadual, como prevê a lei estadual, entendimento este lastrado na Constituição Federal e em entendimento desta Corte, nem poderia a perda do cargo estar vinculada a apenas três hipóteses de improbidade, pois nem o texto constitucional nem a Lei nº 8.249/92 fazem referida exceção.

Em hipótese semelhante, o Plenário desta Corte, em voto prolatado em 19.12.2016, entendeu pela possibilidade de, no exercício de seu mister constitucional, o Conselho Nacional de Justiça – e, por analogia, aplica-se o precedente também ao Conselho Nacional do Ministério Público – concluir, para apreciação do caso concreto, pela prevalência das normas constitucionais em face de lei infraconstitucional, como se depreende da seguinte ementa:

“EMENTA: PETIÇÃO. LEI N. 8.223/2007 DA PARAÍBA. CRIAÇÃO LEGAL DE CARGOS EM COMISSÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL (ART. 5º DA LEI N. 82.231/2007 DA PARAÍBA): ASSISTENTES ADMINISTRATIVOS. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. EXONERAÇÃO DETERMINADA. AÇÃO ANULATÓRIA: ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO CNJ PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. PETIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A restrição do permissivo constitucional da al. r do inc. I do art. 102 da Constituição da República às ações de natureza mandamental resultaria em conferir à Justiça federal de primeira instância, na espécie vertente, a possibilidade de definir os poderes atribuídos ao Conselho Nacional de Justiça no cumprimento de sua missão, subvertendo, assim, a relação hierárquica constitucionalmente estabelecida. Reconhecimento da competência deste Supremo Tribunal para apreciar a presente ação ordinária: mitigação da interpretação restritiva da al. r do inc. I do art. 102 adotada na Questão de Ordem na Ação Originária n. 1.814 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 3.12.2014) e no Agravo Regimental na Ação Cível Originária n. 1.680 (Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 1º.12.2014),

MS 34987 MC / DF

ambos julgados na sessão plenária de 24.9.2014. 2. Atuação do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional nos limites da respectiva competência, afastando a validade dos atos administrativos e a aplicação de lei estadual na qual embasados e reputada pelo Conselho Nacional de Justiça contrária ao princípio constitucional de ingresso no serviço público por concurso público, pela ausência dos requisitos caracterizadores do cargo comissionado. 3. **Inserese entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresse e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho.** 4. Ausência de desrespeito ao contraditório: sendo exoneráveis ad nutum e a exoneração não configurando punição por ato imputado aos servidores atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça, mostra-se prescindível a atuação de cada qual dos interessados no processo administrativo, notadamente pela ausência de questão de natureza subjetiva na matéria discutida pelo órgão de controle do Poder Judiciário. 5. Além dos indícios de cometimento de ofensa ao decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.233/PB, a leitura das atribuições conferidas ao cargo criado pelo art. 5º da Lei n. 8.223/2007, da Paraíba, evidencia burla ao comando constitucional previsto no inc. V do art. 37 da Constituição da República: declaração incidental de inconstitucionalidade. 6. Petição (ação anulatória) julgada improcedente.”

(Pet 4656, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-278 DIVULG 01-12-2017 PUBLIC 04-12-2017)

Do corpo do acórdão extraem-se os seguintes fundamentos.

MS 34987 MC / DF

12. Quanto à natureza da decisão impugnada, **há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia erga omnes e vinculante.**

Sobre a inaplicabilidade de atos normativos contrários à Constituição da República, leciona Hely Lopes Meirelles:

“O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores.

Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição” (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 538-539, grifos nossos).

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, parecem ser suas premissas aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça.

13. **Essa atuação não prescinde do exame da validade do ato administrativo, que perpassa, necessariamente, pela**

MS 34987 MC / DF

adequação constitucional do fundamento legal no qual se fundamenta: se o órgão de controle concluir fundar-se o ato objeto de análise em norma legal contrária à Constituição da República, afastar-lhe-á a aplicação na espécie em foco.

Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Nessa linha, a manifestação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que *“a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispor de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado” (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)* (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original).

14. Esse entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual “[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta”, que envolve “[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social” (Häberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

15. Daí não se extrai legitimidade para qualquer agente do Estado negar aplicação a texto normativo que repute contrário à

MS 34987 MC / DF

Constituição por interpretação singular.

Tampouco se admite conferir efeito *erga omnes* à inconstitucionalidade arguida por órgão ao qual a Constituição da República atribuiu o controle de validade jurídica de atos administrativos.

Todavia, como enfatizado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, em passagem mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes na manifestação do Conselho Nacional de Justiça juntada à Ação Cautelar n. 2.390/PB, extrai-se do núcleo normativo implícito do inc. II do § 2º do art. 103-B da Constituição da República competência do órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura nacional para “*dispor, primariamente, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República e ainda baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é forma de prevenir a irrupção de conflitos*” (Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 1.9.2006).

Nesses termos, **concluída pelo Conselho Nacional de Justiça a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a Constituição da República.**”

Nem mesmo o precedente citado pelo Impetrante, MS 27.744, abarca a tese alegada, uma vez que, muito embora o Ministro Relator tenha entendido pela impossibilidade de controle de constitucionalidade pelo CNMP, os demais Ministros que o acompanharam ressaltaram expressamente a possibilidade de que o órgão deixe de aplicar norma que

MS 34987 MC / DF

entenda inconstitucional no julgamento de caso concreto colocado à sua análise. A ementa do julgado é a que segue:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1. O direito subjetivo do exercente da função de Promotor de Justiça de permanecer na comarca elevada de entrância não pode ser analisado sob o prisma da constitucionalidade da lei local que previu a ascensão, máxime se a questão restou judicializada no Egrégio STF. 2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (art. 130-A, § 2º, da CF/88). Precedentes (MS 28.872 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno; AC 2.390 MC-REF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno; MS 32.582 MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno). 3. In casu, o CNMP, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 141, in fine, da Lei Orgânica do MP/SC, exorbitou de suas funções, que se limitam, como referido, ao controle de legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Parquet. 4. Segurança concedida para cassar o ato impugnado.”

(MS 27744, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015)

Do exame dos demais votos, contudo, depreende-se:

Ministro Roberto Barroso:

MS 34987 MC / DF

“7. Em um primeiro momento, tive a impressão de que o CNMP teria declarado a norma inconstitucional para além do caso concreto, determinando a sua não aplicação *erga omnes* e com efeitos *ex tunc*, de modo a desconstituir promoções e situações já consolidadas.

8. No entanto, a partir da análise dos autos, verifiquei que não houve, na espécie, controle abstrato de constitucionalidade.

9. O CNMP julgou procedente o PCA nº 498/2008-76, nos termos do voto-vista do Conselheiro Raimundo Nonato, que declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da parte final do art. 141 da LCE nº 197/2000, desconstituindo, **especificamente**, as seguintes “promoções virtuais”: 1ª e 2ª PJ de Gaspar, 4ª PJ de Jaguará do Sul, 4ª PJ de Palhoça, 15ª PJ de Joinville, 4ª PJ de Criciúma, 7ª PJ de Blumenau.

10. A análise do relatório e do dispositivo da decisão revelam terem sido anuladas apenas as “promoções virtuais” apontadas pelos autores da representação apresentada ao CNMP. Observei, ademais, que tais promoções tiveram lugar um pouco antes da instauração do processo administrativo, todas no ano de 2008, em decorrência da edição da LCE nº 398/2007, que elevou de entrância certas comarcas daquele estado e, em consequência, as promotorias de justiça em questão.

11. Assim, ao contrário do que alega o impetrante, o acórdão atacado não alcança promoções pretéritas ou futuras, mas apenas aquelas havidas à época do PCA, por não terem as respectivas promotorias de justiça sido ofertadas aos demais membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, entre os quais os autores da representação. O controle, portanto, se realizou no caso concreto, determinando-se a não aplicação da parte final do art. 141 da LCE nº 197/2000, por violação aos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, bem como ao critério da alternância previsto no art. 93, II e VIII-A, da Constituição.

12. A meu ver, não há impedimento para que o CNMP realize esta modalidade de controle. Conforme me pronunciei

MS 34987 MC / DF

na sessão do dia 06.05.2014, concordo com o Min. Marco Aurélio no sentido de que quem tem a incumbência de aplicar a norma a uma situação concreta não pode ser compelido a deixar de aplicar a Constituição e aplicar a norma que considera incompatível. Não se trata, aqui, de realizar controle abstrato de constitucionalidade, mas, sim, de deixar de aplicar uma norma ao caso concreto, em face da supremacia da Constituição (controle incidental)."

Ministro Marco Aurélio:

"Presidente, reitero o que tive a oportunidade de veicular a partir de outro caso, ou seja, a existência de precedente sobre a matéria, da lavra do ministro Victor Nunes Leal, quando se consignou que órgão administrativo, seja qual for, pode deixar de aplicar lei que tenha como conflitante com a lei das leis, que é a Constituição Federal, observando esta última.

Seria verdadeira incongruência assentar-se a inexistência dessa possibilidade. Tornar-se-ia prevalecente, muito embora no campo administrativo, a lei inconstitucional. O que não pode o órgão administrativo é propriamente exercer o controle difuso, muito menos o concentrado, de constitucionalidade. É algo diverso, como ressaltou o ministro Luís Roberto Barroso.

No mais, homenageou-se, com a lei estadual, o princípio caro ao Ministério Público, como também é caro à Magistratura, da inamovibilidade, ou seja, uma promotoria em que havia um titular foi alçada a nível superior, a entrância especial, e então se pretendeu o afastamento do titular. E se pretendeu no Conselho Nacional do Ministério Público, e este acabou por implementar esse afastamento.

Por isso, também acompanho o Relator, implementando a ordem, concedendo a segurança."

Ministra Rosa Weber:

"Eu, da mesma forma, comungo da compreensão de que um órgão administrativo pode, sim, deixar de aplicar uma lei

MS 34987 MC / DF

que repute inconstitucional. Tenho decidido nessa linha. Então, a minha fundamentação converge com a agora trazida pelo Ministro Luís Roberto, já defendida anteriormente pelo Ministro Marco Aurélio. Da mesma forma, acompanho o eminente Relator no sentido da concessão da ordem.

A impetração, no caso, era do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e vem justamente na linha da compreensão de todos nós.”

Essa remissão presta-se a demonstrar que a Corte inclina-se no sentido de permitir ao órgão de controle, no exercício de seu mister constitucional, que se direcione pela prevalência das normas da Constituição. É certo que a questão deverá ser fixada em definitivo pelo Plenário deste E. Tribunal, contudo, diante dos precedentes, resta ausente o requisito do *fumus boni iuris* a autorizar a concessão da medida cautelar no caso em tela.

De outra parte, ressalte-se que o Conselho Nacional do Ministério Público não aplicou a penalidade de perda do cargo diretamente ao Impetrante, mas determinou ao Procurador-Geral de Justiça do Acre que ajuizasse a ação civil para perda do cargo, em atenção ao disposto no art. 128, §5º da Constituição, o que se coaduna com o exercício de sua função correicional em relação aos órgãos subordinados.

Finalmente, pretende o Impetrante compelir o CNMP a aplicar a mesma conclusão adotada no PCA 1.00226/2016, no qual se entendeu ser necessária a existência de pelo menos, instrução probatória finda em ação penal ou em ação de improbidade.

Contudo, no caso do PCA mencionado (eDOC 27), a análise centrou-se nesses aspectos porque o caso apresentado a julgamento envolvia três membros da carreira do Ministério Público cujas ações penais ainda não estavam transitadas em julgado. Contudo, o presente caso, embora algumas das premissas do PCA 1.00226/2016 tenham sido citadas no acórdão, por se tratar de hipótese distinta, parece-me, pelos documentos encartados aos autos, não ser hipótese de repetição obrigatória da mesma conclusão pelo órgão.

MS 34987 MC / DF

Também merece relevo a ausência de demonstração do *periculum in mora* a justificar a concessão da medida liminar, eis que, apesar do efetivo ajuizamento da ação civil para perda do cargo público, não há notícia da suspensão de vencimentos ou mesmo do afastamento das funções, o que, ao menos por ora, desautoriza a concessão da cautelar pleiteada.

Assim, ausente a demonstração, *quantum satis*, dos requisitos autorizadores do atendimento do pleito cautelar, **denego a concessão da medida liminar pleiteada.**

Dê-se ciência ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, a fim de que, querendo, ingresse no feito, nos termos do artigo 7º, II, da Lei nº 12.016/2009.

Após, remetam-se os autos à Procuradoria-Geral da República, para oferta de Parecer.

Findos os prazos, voltem conclusos para análise de mérito.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2017.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente