



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCESSO: ED no PD nº 0.00.000.000981/2011-56
RELATOR: Conselheiro Almino Afonso
REQUERENTE: Conselho Nacional do Ministério Público
REQUERIDO: Membro do Ministério Público Federal

VOTO-VISTA

Conselheiro **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Os presentes Embargos de Declaração foram opostos pelo Procurador da República Matheus Baraldi Magnani em face da decisão plenária que, por maioria, julgou procedente o Processo Disciplinar nº 981/2011-56, com a aplicação da penalidade de demissão, convertida em suspensão de 90 dias.

Em síntese, o embargante alega haver obscuridade na decisão, uma vez que este CNMP, embora tenha entendido caracterizada violação de sigilo funcional no pronunciamento que ele fizera à imprensa, não indicou qual a passagem do pronunciamento que consubstanciaria essa quebra de sigilo. Além disso, aduz haver omissão quanto ao tema da prescrição, a qual estaria consumada no caso, considerando-se a pena aplicada em concreto.



Na mesma peça recursal, o embargante oferece também “exceção de suspeição/impedimento” em face do Exmo. Conselheiro Luiz Moreira Gomes Júnior.

Posteriormente, em aditamento ao seu recurso, o embargante reforça argumento já ventilado nos embargos no sentido da inconstitucionalidade da sanção de demissão, não só no caso concreto, como também abstratamente considerada. Assim, segundo o embargante, não seria possível “admitir o empréstimo do prazo prescricional de uma pena inconstitucional para assim deixar de reconhecer prescrição que já existe”. No mais, acrescenta pedido de produção de provas no que tange à arguição de suspeição.

Após o r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Almino Afonso, pedi vista dos autos para melhor analisar alguns aspectos das alegações do embargante.

1. Da exceção de suspeição

Quanto à exceção de impedimento/suspeição, acompanho o Eminentíssimo Relator no sentido de não conhecê-la, embora por fundamento diverso.

Isso porque, enquanto não transitado em julgado o feito, entendo ser possível arguir-se impedimento ou suspeição de Conselheiro, desde que respeitados os termos do art. 114 do RICNMP:



Art. 114. A parte interessada poderá arguir o impedimento ou a suspeição de Conselheiro em petição fundamentada e devidamente instruída com documentos e rol de testemunhas, **no prazo de 5 (cinco) dias a partir** da data da publicação da distribuição dos autos, **do fato que provocou o impedimento ou a suspeição** ou, ainda, da primeira oportunidade que lhe for facultada a manifestação, caso venha a integrar o feito em momento posterior ao seu início.

Assim, tem-se que, caso o fato definidor da suspeição só venha a conhecimento após o julgamento, só então começaria a fluir o prazo de 5 (cinco) dias, desde que não transitado em julgado o feito.

No caso concreto, todavia, o embargante limita-se a afirmar que os fatos supostamente ensejadores da suspeição (fls. 465/466) foram noticiados pela imprensa “nos últimos dias”, sendo certo que os embargos foram opostos dois dias após o julgamento (fls. 437). Não resta demonstrado que tais fatos tenham vindo à tona somente após o julgamento, motivo por que deveriam ter sido objeto de impugnação em plenário, nos termos do art. 115 do RICNMP. Destarte, resta preclusa a alegação.

2. Da alegação de inconstitucionalidade da pena de demissão

De fato, a comissão processante considerou que a imposição da pena de demissão ao ora embargante seria inconstitucional por ofender, *no caso concreto*, o princípio da proporcionalidade. Diante disso, entendeu-se necessário lançar mão do mecanismo previsto no art. 240, § ED no PD Nº 0.00.000.000981/2011-56



5º, da Lei Complementar nº 75/1993, que permite a conversão da penalidade de demissão em suspensão, atendidos certos requisitos.

Portanto, verifica-se que a inconstitucionalidade *in concreto* apontada pelo embargante restou contornada mediante tal conversão.

No entanto, o embargante alude também à inconstitucionalidade *em abstrato* da pena de demissão, eis que o membro do Ministério Público goza da prerrogativa de vitaliciedade, nos termos do art. 128, § 5º, I, “a”, da Constituição Federal. Nesse sentido, a pena de demissão não poderia ser aplicada pelo CNMP – como de fato foi –, nem mesmo para ser convertida em suspensão.

Quanto a esse argumento, ponderou o Exmo. Relator que, diferentemente do que sustenta o embargante, o CNMP “pode declarar pena administrativa de demissão”, uma vez que são “independentes as esferas cível, penal e administrativa, no que pertine a aplicação de sanção em face de eventual infração praticada” (fls. 524).

Nesse aspecto, porém, mostra-se cabível tecer algumas ressalvas, com a devida vênia de Sua Excelência.

Ocorre que, indubitavelmente, a este Conselho – assim como a qualquer órgão de natureza administrativa – não é dado impor diretamente a pena de demissão de membro do Ministério Público, haja vista a garantia constitucional da vitaliciedade, que significa exatamente isso: impossibilidade de perda do cargo senão pelo trânsito em julgado de sentença judicial. Cabe transcrever aqui o art. 128, § 5º, I, “a”:



Art. 128. (...)

§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, **não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado**; (...)

É certo que a esfera administrativa independe das esferas cível e penal. Isso quer dizer que a apuração do mesmo fato nas três esferas pode se dar simultaneamente, sem que, em regra, as conclusões de uma interfiram nas outras – com exceção de hipóteses específicas nas quais a sentença penal repercute no âmbito cível e disciplinar.

De todo modo, a regra da independência de esferas convive em harmonia com a norma constitucional que assegura a vitaliciedade aos membros do Ministério Público após dois anos de exercício. É que as conclusões do processo disciplinar, embora sejam independentes das conclusões de eventual processo de natureza civil, não podem conduzir diretamente à determinação de perda do cargo – ainda que esta seja a sanção abstratamente cominada na legislação administrativa –, mas tão somente no encaminhamento para propositura de ação própria visando à decretação judicial da perda do cargo. Isto é, o processo disciplinar pode resultar no ajuizamento de ação para perda do cargo, mas não na



demissão propriamente dita, o que violaria frontalmente a garantia constitucional da vitaliciedade.

Daí se entender necessária essa ressalva ao entendimento esposado pelo Exmo. Relator, de modo que não se declare aqui a possibilidade de demissão administrativa de membro vitalício do Ministério Público.

Quanto ao precedente citado pelo Eminentíssimo Relator (PD nº 1515/2009-79), observa-se que, naquele feito, debatia-se a possibilidade de este Conselho aplicar a membro do *Parquet* sanção de demissão por conduta ímproba sem que tivesse transitado em julgado sentença proferida em ação de improbidade administrativa, sob o rito da Lei nº 8.429/92. Quanto a isso, de fato não se discute que, uma vez definida como infração disciplinar autônoma a prática de ato de improbidade administrativa, a apuração dessa infração disciplinar independe da apuração que se realiza no processo judicial de improbidade propriamente dito. Tampouco se discute que a apuração disciplinar pode resultar na subsunção dos fatos à norma estatutária que impõe a penalidade de demissão (leia-se: decisão para que seja proposta ação específica para perda do cargo).

No entanto, o que se controverte nos presentes embargos é a possibilidade de o CNMP decretar a demissão do membro do Ministério Público, sem necessidade de sentença judicial, o que, *data venia*, entraria em rota de colisão com o imperativo da vitaliciedade.



No mais, verifica-se que todos os julgados citados no bojo do precedente transcrito no r. voto do Eminentíssimo Relator *dizem respeito a processos envolvendo servidores públicos em sentido estrito*, e não membros do Ministério Público, de modo que não se coloca o tema da vitaliciedade – uma vez que, como é cediço, tais servidores detêm apenas, quando aprovados no estágio probatório, a garantia da estabilidade, que não exige trânsito em julgado de sentença judicial para a perda do cargo.

Cabe assinalar, em suma, que este Conselho não aplica efetivamente a pena de demissão do membro, mas sim orienta o ajuizamento da competente ação.¹

Tais motivos estão a indicar, pois, a necessidade de se aclarar a r. decisão da maioria deste Colegiado quanto a este ponto.

3. Da alegação de obscuridade da decisão

É certo que não há na r. decisão embargada a indicação exata de qual ato do acusado, praticado no curso da entrevista coletiva, teria representado a quebra de sigilo.

Ocorre que o Plenário entendeu, por maioria, que a quebra estaria configurada pela realização da entrevista em si, a qual teria se

¹ Assim dispõe o art. 57, XX, da Lei Complementar nº 75/93:

Art. 57. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal: (...)

XX - autorizar, pela maioria absoluta de seus membros, que o Procurador-Geral da República ajuíze a ação de perda de cargo contra membro vitalício do Ministério Público Federal, nos casos previstos nesta lei; (...)



prestado a revelar a existência das diligências de busca e apreensão. Assim, não haveria obscuridade a sanar.

É de se reconhecer que, nesse ponto, a argumentação do embargante revela consistência, pois evidencia que a r. decisão deste Conselho apegou-se, *data venia*, à circunstância de que o sigilo processual continuaria formalmente vigente nos autos quando da concessão da entrevista, mesmo não se desconhecendo que a realização das diligências na manhã daquele mesmo dia já tinha representado, por si só, a divulgação da medida, alcançando, por óbvio, o conhecimento dos próprios investigados por ela afetados. Considerando-se que a única razão de ser do sigilo era justamente evitar que esses investigados frustrassem as diligências, resulta de fato pouco claro o motivo de se entender ainda subsistente o segredo da Ação Cautelar de Busca e Apreensão mesmo após o conhecimento deles.

Quanto a esse aspecto, aliás, verifica-se que o próprio acórdão embargado registra que a medida de busca e apreensão começou a ser executada na manhã do dia 29/05/2009 (fls. 381/382 e 399/400), sendo certo que a entrevista coletiva iniciou-se no final da tarde daquele mesmo dia, como se verifica do seguinte trecho do r. voto proferido pelo Eminentíssimo Conselheiro Fabiano Augusto Martins Silveira:

Nove, as diligências referentes à Prefeitura e à Secretaria de Obras Públicas de Guarulhos foram iniciadas na manhã do dia 29 de maio e concluídas no mesmo dia, como dão conta os autos circunstanciados lavrados pelos Oficiais de Justiça (fls. 208/222 dos autos da Reclamação Disciplinar – Apenso I);



Dez, a diligência referente à sede da Construtora OAS Ltda., na Capital, também teve início na manhã do dia 29 de maio, sendo, todavia, concluída apenas às 6:00 horas da manhã do dia 30 de maio, conforme certidão de fls. 267/268, constante dos autos da Reclamação Disciplinar – Apenso I);

Onze, o Procurador da República Matheus Baraldi Magnani acompanhou pessoalmente parte da diligência realizada na sede da Construtora OAS, em São Paulo, Capital, como consta do auto circunstanciado de Busca e Apreensão de fls. 254/266 da Reclamação Disciplinar – Apenso I; (...)

Ora, parece insofismável a peculiaridade de que a própria execução da busca e apreensão nos prédios referidos já a torna pública, especialmente para os investigados, sendo irrelevante que alguém fale ou não a respeito dela depois.

Cabe lembrar, a propósito, que o processo sobre o qual se havia apostado sigilo era uma Ação Cautelar de Busca e Apreensão. A investigação propriamente dita, consubstanciada no Inquérito Civil Público, não era sigilosa. Ou seja, não se pretendia proteger o sigilo da investigação como um todo, mas unicamente dessa medida de busca e apreensão. Restou consignado no próprio acórdão que o sigilo do feito existia apenas para resguardar a eficácia da medida, impedindo que fosse frustrada pelo conhecimento prévio por parte dos investigados. Confira-se, a respeito, a transcrição da decisão do Desembargador Federal Lazarano Neto, transcrição essa que consta do voto do Exmo. Conselheiro Relator:

A ordem deverá ser cumprida simultaneamente nos endereços indicados, com absoluto sigilo, mediante a colaboração do



Ministério Público Federal no que tange à adoção das medidas necessárias, mediante o acompanhamento de dois (dois) oficiais de Justiça em cada um dos endereços e Policiais Federais, designando desde já o dia 29 de maio de 2009. (...)

Aguarde-se o cumprimento da ordem e somente após, voltem os autos conclusos para outras determinações, **mantendo-se o sigilo necessário a não frustração das medidas a serem adotadas.**

Determino o segredo de justiça na forma do inciso I do art. 155 do CPC. Oportunamente, proceda-se às alterações na autuação.

Portanto, foi literalmente mantido "*o sigilo necessário a (sic) não frustração das medidas a serem adotadas*". Ora, não seria demasiado reiterar que, depois de iniciadas as medidas, o sigilo já não fazia mais sentido nenhum, pois os investigados já haviam sido surpreendidos pela busca e apreensão – e, evidentemente, tomaram conhecimento dela, não pela entrevista coletiva, mas pela própria realização da diligência.

No entanto, conquanto seja de fato consistente o argumento de que o sigilo processual já havia perdido seu suporte fático na manhã de 29/05/2009, quando se iniciou a diligência de busca e apreensão, a discussão sobre esse tema implicaria, inevitavelmente, o revolvimento do mérito da causa, desbordando dos estreitos limites dos embargos de declaração.

Portanto, com essas ponderações, entendo ser o caso de rejeitar os embargos nesse ponto.



4. Da alegação de prescrição

Chama a atenção, de outra banda, o argumento do embargante referente à prescrição da pretensão punitiva estatal.

De plano, cabe asseverar que a prescrição pode ser discutida e reconhecida a qualquer momento do processo, e inclusive em sede de embargos de declaração, como se vê de recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.** MATÉRIA CRIMINAL. OPOSIÇÃO. PRAZO LEGAL DE 2 (DOIS) DIAS. INTEMPESTIVIDADE. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE SUPERVENIENTE.** CASO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. **MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE.**

1. O prazo para oposição de embargos declaratórios é de 2 (dois) dias quando se tratar de matéria criminal, nos termos dos arts. 619 do CPP e 263 do RISTJ.

2. No caso, o acórdão do regimental foi publicado em 28/2/2012 e a petição dos embargos foi protocolizada somente em 2/3/2012, portanto fora do prazo legal.

3. A prescrição é matéria de ordem pública, que pode e deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.



4. *In casu*, tendo sido imposta ao Embargante a reprimenda de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 334, § 3º, do Código Penal e, constatando-se o trânsito em julgado para a acusação, deve o lapso prescricional ser regulado pela pena concretamente imposta. Precedentes.

5. Transcorrido o lapso de mais de 8 (oito) anos desde a publicação da sentença condenatória (8/8/2000), último marco interruptivo, constata-se a ocorrência da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade superveniente, conforme disposição do art. 109, IV, do Estatuto Penalista.

6. Embargos de declaração não conhecidos. No entanto, declara-se, de ofício, a superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.113.346/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, Dje 27/04/2012)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. **PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.280/06, NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE.** PRECEDENTE DA 2ª TURMA. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. EXIGIBILIDADE. SUSPENSÃO. ANÁLISE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO.



(STJ, REsp 932.010/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, Dje 15/04/2011)

Na verdade, tais julgados não fazem senão aplicar a legislação a respeito do tema, como se vê do Código de Processo Civil:

Art. 219. (...)

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)

E assim dispõe o Código Civil:

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Também do Código de Processo Penal colhe-se essa regra:

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Cabe asseverar que o CPC e o CPP são aplicáveis subsidiariamente aos procedimentos que tramitam neste Conselho por força do art. 142 do RICNMP, de modo que não há de causar espécie que, a qualquer tempo, reconhecendo o Plenário haver prescrição, poderá – e deverá – decretar sua ocorrência.

Aliás, deve-se lembrar que a ocasião própria para o reconhecimento de ofício da prescrição em concreto é justamente após a individualização e efetiva aplicação da pena. Vale dizer, é após o trânsito em julgado da decisão (para a acusação, ou seja, quando a pena máxima torna-se imutável) que se mostra apropriado discutir a prescrição em



concreto, de modo que o presente julgamento é sede adequada para tanto.

Assentada a possibilidade, em tese, de se reconhecer a prescrição de ofício, mesmo em sede de embargos, sem necessidade de se perquirir quanto à eventual existência de omissão, obscuridade ou contradição do v. acórdão, e desde que não transitada em julgado a decisão para a defesa (quando se esgotaria a atribuição deste Conselho), passemos à análise acerca de sua efetiva consumação no presente caso.

O Exmo. Conselheiro Fabiano Silveira vale-se da analogia com o Direito Penal, no âmbito do qual se igualam os prazos prescricionais das penas restritivas de direito aos prazos previstos para as penas privativas de liberdade (art. 109, parágrafo único, do CP), para concluir pela impossibilidade de se converter a pena em outra já prescrita.

No entanto, com a devida vênia, entendo não ser o caso de aplicação analógica do Código Penal.

Com efeito, tem-se que a lei diretamente aplicável aos fatos versados neste feito é a Lei Complementar nº 75/93, que assim dispõe quanto ao assunto:

Art. 240. (...)

§ 5º A demissão poderá ser convertida, uma única vez, em suspensão, nas hipóteses previstas nas alíneas a e h do inciso V, quando de pequena gravidade o fato ou irrelevantes os danos causados, **atendido o disposto no art. 244.**



(...)

Art. 244. Prescreverá:

I - em um ano, a falta punível com advertência ou censura;

II - em dois anos, a falta punível com suspensão;

III - em quatro anos, a falta punível com demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

Parágrafo único. A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este.

Desses dispositivos resulta claro que, uma vez considerada presente hipótese de conversão, será atendida a norma do art. 244, ou seja, serão observados os prazos prescricionais. Ora, diversamente do que se dá no Direito Penal, a LC nº 75/93 não igualou os prazos prescricionais da sanção inicialmente imposta (demissão) e da sanção substitutiva efetivamente aplicada (suspensão). Ao contrário, estabeleceu expressamente prazos distintos (art. 244, II e III). E mais que isso, fez menção expressa a essa distinção de prazos na norma que trata da possibilidade de conversão da pena – deixando claro que exige da Administração Pública atenção para cada um dos prazos prescricionais.

Com efeito, a LC nº 75/93 rege a matéria da prescrição de forma própria, nem sempre coincidindo com o regramento do Código Penal. Prova disso, por exemplo, é que os prazos prescricionais na legislação estatutária são estipulados conforme a natureza das sanções, e não conforme sua quantidade, como se dá no Direito Penal. Ademais, não se aplicaria à esfera disciplinar, por evidente incompatibilidade, a previsão que consta do art. 44, § 4º, do CP no sentido de que o descumprimento



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

da pena substitutiva (no caso, a suspensão) acarretaria a conversão para a pena substituída (no caso, a demissão).

Portanto, com toda a vênia ao Exmo. Conselheiro, entendo que a aplicação da Lei Complementar nº 75/93 ao caso concreto leva a resultado substancialmente distinto do que se atingiria pela aplicação integral das normas do Código Penal, simplesmente porque a LC nº 75/93 manteve diferenciados os prazos prescricionais das penas substituída e substitutiva.

Assim, uma vez definida a condenação, há que se examinar a prescrição tendo em vista a pena *efetivamente aplicada* ao acusado, o que, no presente caso, resulta no reconhecimento da prescrição.

Ante o exposto, acompanho o Exmo. Relator para rejeitar a exceção de suspeição, divergindo de Sua Excelência apenas para dar parcial provimento aos embargos de declaração no tocante à necessidade de se aclarar a controvérsia quanto à possibilidade de demissão administrativa de membro vitalício do Ministério Público pelo CNMP. Sem prejuízo, voto ainda no sentido de reconhecer, de ofício, consumada a prescrição da pretensão sancionatória estatal.

É como voto.

Brasília, 24 de julho de 2012

Conselheiro MARIO LUIZ BONSAGLIA