

Pareceres

• • •

Parecer em processo administrativo. Análise da Resolução CNMP nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução CNMP nº 23/2007, que regula a restauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

Emerson Garcia

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça

Processo MPRJ nº 2015.00937198.

Requerente: Conselho Nacional do Ministério Público.

Ref.: Resolução nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução nº 23/2007, que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de procedimento instaurado a partir do recebimento do Ofício Circular nº 012/2015/SPR/COADE, da Secretaria-Geral do Conselho Nacional do Ministério Público, em que encaminha, para ciência, cópia da Resolução CNMP nº 126/2015, que acrescenta o art. 9º-A à Resolução CNMP 23/2007, que regula a instauração e a tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

2. O referido ato normativo encontra-se acostado às fls. 03-14 e, em sua essência, estabelece que, “após a instauração do inquérito civil ou do procedimento preparatório, quando o membro que o preside concluir ser atribuição de outro Ministério Público, este deverá submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, no prazo de 3 (três) dias”.

3. Os autos vieram à consideração desta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 05.

II

4. Até o advento da Resolução CNMP nº 126/2015, sempre que o órgão de execução entendesse que a condução de inquérito civil ou procedimento preparatório, até então sob sua presidência, deveria ser realizada por órgão de execução vinculado a outro ramo do Ministério Público, deveria declinar os fundamentos do seu entendimento e, ato contínuo, encaminhar os autos ao órgão que, no seu entender,

teria atribuição para agir. Portanto, o juízo de valor emitido pelo órgão de execução do Ministério Público não estava sujeito a qualquer referendo.

5. Com a modificação introduzida na Resolução CNMP nº 23/2007, foi criado um mecanismo de controle interno até então não previsto em lei, cuja funcionalidade básica é a de confirmar ou rejeitar o entendimento inicial. Esse controle, é importante frisar, será realizado pelo “órgão de revisão competente”, que sequer teve a sua identidade declinada.

6. A omissão na informação de qual seria o “órgão de revisão competente” pode ensejar duas interpretações básicas: de acordo com a primeira, caberia à lei definir qual seria esse órgão; a segunda, por sua vez, indicaria que esse órgão deve ser identificado à luz da sistemática já existente em relação ao controle do inquérito civil. A primeira interpretação tornaria inócua a inovação do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo necessária a edição de um novo ato normativo com o objetivo de regulamentar o regulamento, o que não se ajusta a qualquer padrão de razoabilidade. A segunda interpretação, que nos parece mais adequada, conduz-nos à conclusão de que esse órgão de revisão é justamente um daqueles que, conforme o ramo do Ministério Público envolvido, realiza o controle do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública. Esse órgão há de ser o Conselho Superior do Ministério Público ou a Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, já que ambos receberam o designativo de “órgão revisor”. É o que se extrai do art. 10, § 5º, da Resolução CNMP nº 23/2007.

7. Na medida em que controle dessa natureza, por parte do Conselho Superior do Ministério Público, não encontra previsão na Lei nº 8.625/1993 ou, mesmo, na Lei Complementar Estadual nº 106/2003, é factível que a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público restringiu a atribuição de um órgão e criou atribuição para outro.

8. Não se ignora, é certo, que os fins almejados pelo Conselho Nacional do Ministério Público são mais que nobres. Afinal, é sabido que conflitos de atribuição, em regra negativos, têm aportado em profusão no Supremo Tribunal Federal. E como o Tribunal tem envidado esforços no sentido de estabelecer limitadores às causas submetidas à sua apreciação, é factível que, mais cedo ou mais tarde, irá despir-se dessa competência. Basta observarmos que os conflitos estão sendo apreciados monocraticamente e alguns Ministros já se pronunciaram sobre a absoluta inviabilidade de o Supremo Tribunal Federal continuar a apreciá-los. O Ministro Teori Albino Zavascki, por exemplo, chegou a sugerir que o Procurador-Geral da República apreciasse esses conflitos, enquanto o Ministro Luís Roberto Barroso optou por indicar o Conselho Nacional do Ministério Público como o órgão competente para fazê-lo. Portanto, a iniciativa do Conselho, como declinado na exposição de motivos da Resolução CNMP nº 126/2015, tem o evidente propósito de diminuir o volume de conflitos endereçados ao Supremo Tribunal Federal.

9. Ainda que sejam nobres os fins, a questão que se põe é saber se o Conselho Nacional do Ministério Público pode, ou não, criar atribuições para os órgãos de execução.

10. Com a instalação e o funcionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tornou-se perceptível o paulatino surgimento de uma realidade distinta daquela que vinha caracterizando o Ministério Público brasileiro no período posterior a 1988, marcado por uma plena autonomia existencial.

11. Desde o seu surgimento, não tem sido incomum que o CNMP avance em juízos valorativos estranhos ao universo de atuação de um órgão de controle externo. Essa última característica, no entanto, ainda apresenta algumas peculiaridades. A principal e mais curiosa reside na constatação de que as incursões do CNMP no âmbito puramente valorativo eram mais intensas no plano geral que no concreto. A curiosidade deve-se a uma razão muito simples: considerando a excepcionalidade das incursões em juízos valorativos, somente as especificidades do caso concreto seriam aptas a justificá-las. No plano geral, por sua vez, deveriam prevalecer as regras basilares do sistema, que apontam para a preeminência da autonomia das Instituições controladas. Esse quadro, no entanto, sofreu algumas modificações com as novas composições do órgão, que não mais recepciona o anonimato e, como veremos, já manifesta certa preocupação com a coexistência entre seus atos regulamentares e a lei.

12. Interpretando o inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição da República, o CNMP tem alcançado a conclusão de que a parte inicial do preceito (“zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”) está dissociada da parte final (“podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”). Assim, ao invés de expedir atos regulamentares que reforcem a autonomia da Instituição, o CNMP tem caminhado em norte contrário, substituindo-se às Instituições controladas no exercício de juízos valorativos característicos dessa autonomia, o que tem ensejado o surgimento de algumas contradições lógicas no sistema.

13. Tais contradições exigem sejam envidados esforços no sentido de identificar a natureza e a extensão do poder normativo atribuído ao CNMP, explicitando os seus respectivos balizamentos.

14. A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder¹ podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o *facere* estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento.²

¹ “Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar” (CHAPUS, RENÉ. *Droit Administratif Général*, Tome 1. 15ª ed. Paris: Montchrestien, 2001, p. 649).

² Cf. MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*, Tome 1er. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, p. 115-116.

15. A generalidade é uma característica indissociável dos regulamentos, apontando para a impessoalidade dos seus comandos.³ Não obstante a indiscutível importância teórica, não adentraremos na conhecida polêmica sobre ser, ou não, o regulamento, sob o ponto de vista formal, um ato administrativo, mas, sob o ponto de vista material, um verdadeiro ato legislativo, construção prestigiada por uns,⁴ rechaçada por outros.⁵

16. O regulamento é um relevante mecanismo de colaboração entre as funções estatais, permitindo seja conferida maior maleabilidade operacional aos comandos legais, que podem ser ajustados, à época da execução, aos circunstancialismos de ordem administrativa e social. Por refletir um mecanismo de colaboração, não de absorção ou usurpação, há uma relação de verticalidade entre lei e regulamento: o segundo somente pode desenvolver-se no espaço de conformação deixado pela primeira.⁶ O regulamento não pode confrontar a lei, isto sob pena de restar caracterizada a usurpação da função legislativa. No alvorecer da Revolução Francesa, a impossibilidade de o Executivo editar atos normativos à margem da lei foi expressamente vedada pela Constituição de 1791 (art. 6º): “o poder executivo não pode editar nenhuma lei, mesmo provisória, mas somente proclamações harmônicas com as leis para ordenar ou recomendar a sua observância”, regra que terminou por ser amenizada nas Constituições posteriores.

17. É importante refutar, no entanto, a tese de que os regulamentos destinam-se unicamente à execução das leis, há muito reduzida, na expressão de Fuzier-Hermann, a “*uma ficção*”.⁷ A inter-relação entre as funções estatais e a paulatina sedimentação da concepção de que as delegações legislativas não se mostram de todo incompatíveis com o princípio democrático permitiram a identificação de três manifestações da atribuição regulamentar: (1) *autônoma* ou *independente*, preenchendo os espaços ainda não ocupados pela lei; (2) *executiva*, permitindo a aplicação das normas legais; e (3) *autorizada*, destinando-se à disciplina das matérias descritas na lei que delegou ou permitiu o exercício dessa atribuição.

18. Em relação ao denominado “regulamento autônomo”, que poderia ser editado ainda que a matéria não tivesse sido objeto de lei e à mingua de autorização legal, cumpre ressaltar a manifesta impropriedade da expressão. Se o ato normativo é autônomo, não sendo responsável pela especificação de qualquer outra norma de estatura superior (observe-se que a Constituição cria a competência, não sendo propriamente regulamentada, mas integrada), não há propriamente um regulamento. Nessa linha, é mais adequado falarmos em decreto, que pode assumir colorido regulamentar ou autônomo.

³ Cf. WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1963, p. 117.

⁴ Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Tome 1er. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 1963, p. 64.

⁵ Cf. GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo e RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. 12ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 181; e SOUZA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*, Tomo I. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2004, p. 36/37, que realçam o caráter essencialmente político e subordinante da lei.

⁶ Cf. BASSI, Franco. *Lezioni di Diritto Amministrativo*. 7ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 51.

⁷ Cf. BARBOSA, Ruy. Vitaliciedade de Funcionário Público. Extensão e Limites da Ação Regulamentar do Poder Executivo, in: *Revista Forense* nº VII, p. 33 (37), 1907.

19. No direito norte-americano, merece referência o célebre caso *Youngston Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, em que o *Justice* Jackson sustentou a correção da “*independent ordinance*” na hipótese de “*congressional inertia, indifference or quiescence*”.⁸ Trata-se de exceção, não de regra, máxime em sistemas, como o brasileiro, cujos alicerces democráticos ainda se mostram incipientes. Um sistema integralmente estruturado na soberania popular não se ajusta com facilidade à tese de que órgão outro que não aquele constitucionalmente incumbido da produção normativa possa editar atos dessa natureza, daí a necessidade de expressa autorização constitucional para a sua edição.

20. Não é incomum, ademais, que o Constituinte delimite as matérias sob domínio da lei e aquelas sob domínio do regulamento, promovendo uma nítida divisão de competências. Exemplo dessa possibilidade encontra-se estampado na Constituição brasileira de 1988, que relaciona algumas matérias a serem reguladas exclusivamente por decreto, de competência privativa do Presidente da República (art. 84, VI, c.c. art. 61, § 1º, II). Trata-se de um nítido exemplo de “decreto autônomo” expressamente autorizado e delimitado, o que exclui a sua aplicação a situações outras que não aquelas contempladas.

21. A Constituição francesa de 1958, por sua vez, além de delimitar as matérias da alçada da lei, é expressa ao afirmar que as demais, ainda que incluídas na lei, terão natureza regulamentar, podendo ser modificadas por decreto, ouvido o Conselho de Estado.⁹ Analisando a Constituição, a doutrina francesa mais abalizada não hesitou em afirmar que o “regulamento autônomo” não fora nivelado à lei.¹⁰ Na hierarquia dos textos jurídicos, continua subordinado à lei, devendo obediência a todos os comandos (constitucionalmente) inseridos no domínio da lei. A preeminência da lei, é importante frisar, é característica essencial de um Estado de Direito, “a realidade da ideia moral” (*die Wirklichkeit der sittlichen Idee*) a que se referiu Hegel.¹¹

22. Quanto ao fundamento existencial do regulamento, conforme o sistema, ele pode ser obtido diretamente na Constituição ou na lei, que autorizaria o seu exercício. No direito brasileiro, a regra do inciso IV do art. 84 da Constituição de 1988 permite concluir que, em geral, a competência para regulamentar a lei é privativa do Chefe do Executivo, que a auferir diretamente no texto constitucional, ainda que a lei silencie a esse respeito.¹² De acordo com o referido preceito constitucional, os instrumentos a serem utilizados pelo Executivo são o decreto e o regulamento, dicotomia que não encontra justificativa razoável, pois o segundo, o regulamento, costuma ser veiculado justamente pelo primeiro, o decreto. Como exceção à

⁸ *United States Supreme Court*, 343 U.S. 579, 1952.

⁹ Art. 37 da Constituição francesa de 1958. A inserção de qualquer temática na lei, como afirmou Waline, gera uma presunção do seu caráter legislativo, o que exige, anteriormente à edição do decreto modificador, o pronunciamento do Conselho Constitucional para que seja reconhecido o seu caráter regulamentar (*op. cit.*, p. 130).

¹⁰ Cf. LAUBADÈRE. *op. cit.*, p. 67 e 77; e Chapus, *op. cit.*, p. 661.

¹¹ *Recht, Staat, Geschichte*. Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, 1955, p. 338.

¹² Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 122.

competência privativa do Executivo, tem-se a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, I) e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I) expedirem “atos regulamentares” em matérias de sua competência.

23. Tão logo editado e enquanto permanecer em vigor, o regulamento é regra de direito, vinculando, inclusive, o órgão responsável pela sua edição.¹³

24. Estabelecidas as premissas, é possível afirmar que o poder regulamentar outorgado ao CNMP não difere daquele diuturnamente exercido pelo Executivo. Principiando pelo aspecto gramatical, o poder reformador foi cauteloso ao utilizar a expressão “atos regulamentares”, o que, na essência, aponta para algo antecedente que deve ser regulamentado. As resoluções do CNMP não podem destoar ou fazer às vezes da lei.¹⁴ “Ato regulamentar” e lei são espécies do gênero ato normativo, possuindo finalidades específicas e uma força expansiva diferenciada.

25. Um observador mais ousado talvez sustentasse que não haveria óbice algum a que o tal “antecedente” fosse a própria Constituição da República, o que, por força de compreensão, nivelaria as resoluções do CNMP à lei, conferindo-lhes uma ampla liberdade de conformação. Ambos, resolução e lei, teriam o mesmo fundamento de validade: a Constituição. Essa conclusão, no entanto, dificilmente seria compatibilizada com (1) o princípio democrático,¹⁵ que confere à representatividade popular uma legitimidade diferenciada na produção normativa, e (2) a indelegabilidade da função legislativa, cláusula pétrea oponível ao próprio poder reformador,¹⁶ como aquele que originou a Emenda Constitucional nº 45/2004. Não bastasse isto, ainda padeceria de um pecado mortal: a falta de harmonia com o sistema constitucional. Afinal, como compatibilizar essa “senhoria normativa” do regulamento com a divisão de competências legislativas própria de um Estado Federal e a expressa exigência de lei em sentido formal, quer complementar, quer ordinária, para a disciplina de matérias afetas ao Ministério Público e aos seus serviços auxiliares (v.g.: regime estipendial, atribuições etc.)?

26. Face à inexistência de qualquer comando constitucional em sentido contrário, parece igualmente claro que os “atos regulamentares” expedidos pelo CNMP não foram alçados ao nível da lei. Como todo e qualquer regulamento, continuam a transitar no espaço deixado pela lei, permanecendo adstritos à divisão de competências estabelecida pelo texto constitucional. No caso do Ministério

¹³ Cf. MAYER. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴ “A Lei arranca a incondicionalidade do seu conteúdo e a irresistibilidade de sua eficácia de sua legitimação na vontade da comunidade; o regulamento não pode apresentar-se como vontade da comunidade, pois a Administração não é um representante da comunidade, é uma organização servil da mesma, do que resulta algo em essência distinto; no regulamento não se expressa uma hipotética ‘vontade geral’, senão que é uma simples regra técnica, ‘ocorrência dos funcionários’, a que órgãos simplesmente administrativos deram expressão definitiva. A Lei é a norma originária por excelência: dispõe desde si mesma, rompe o Direito ou as relações existentes, pode (dentro da Constituição) fazer tudo ‘menos transformar um homem em mulher’. Nada disso é próprio das determinações regulamentares, que mais se apresentam como complementares das Leis, como ‘execução’ (num sentido amplo) da Lei” (GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN-FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 182-183).

¹⁵ Art. 1º, parágrafo único, da CR/1988.

¹⁶ Arts. 2º e 60, § 4º, III, da CR/1988 e art. 25 do ADCT.

Público dos Estados, a União edita as normas gerais, os Estados, as normas específicas. As normas gerais delinham o alicerce estrutural de determinada matéria, traçando as diretrizes que nortearão a atuação do Poder Público, quer sob o prisma executório, quer sob a ótica da própria produção normativa. Por terem função diretiva, tais normas não devem esgotar a matéria que disciplinam ou mesmo avançar em pormenores que venham a anular a iniciativa dos demais entes, isto sob pena de as normas gerais se transmudarem em normas plenas. Assim, chega a ser farisaica (para não dizer infeliz) a tese de que as resoluções do CNMP buscam uniformizar o trato de certas matérias no âmbito dos Estados.¹⁷ Ora, a diversidade parece ser inerente àquilo que se convencionou chamar de Federação.

27. As resoluções do CNMP, assim, sequer podem ser vistas como “regulamentos autônomos”, já que o texto constitucional, diversamente ao que fez em relação às competências do Presidente da República, não relacionou um rol de matérias de sua alçada privativa. Limitou-se a afirmar que o poder regulamentar do CNMP seria exercido “no âmbito de sua competência”, não lhe sendo dado editar atos regulamentares em matérias não relacionadas no art. 130-A da Constituição da República e que não se destinem a “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”.

28. A sujeição das resoluções do CNMP (e do CNJ) à lei, conquanto clara à luz da dogmática e da sistemática constitucional, não foi, num primeiro momento, recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, em sede de cognição sumária, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, após reconhecer, em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a “força de diploma normativo primário”, o que poderia apontar para a obtenção do seu fundamento de validade diretamente na Constituição, parece tê-la inserido numa esfera imune à incidência da lei.

29. As circunstâncias inerentes ao referido julgamento são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que proscrevia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o correlato pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Apesar de suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar ato normativo com o fim de proibir a prática.

30. Como afirmou o relator, a resolução deveria ser considerada uma “entidade jurídica primária”, pois “seguia imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma”. Após realçar que a lei é a fonte primária por excelência, ressaltou que a própria Constituição contemplou a existência de atos com força normativa que não a lei: a) as múltiplas competências

¹⁷ Explicação similar ornamenta o segundo considerando da Resolução nº 14/2006, do CNMP, que “dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Brasileiro”.

do Senado Federal¹⁸; b) as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo¹⁹; c) o regimento interno dos tribunais²⁰; d) o regimento interno dos tribunais de contas;²¹ e) os decretos autônomos, passíveis de serem editados pelo Presidente da República, que podem dispor sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.²²

31. Ao final, acresceu o eminente relator que o CNJ detém a competência implícita de editar atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, permitindo a adequação das instituições controladas, com a conseqüente prevenção da “irrupção de conflitos”. Diversamente ao que ocorre em relação ao Conselho da Justiça Federal²³ e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho,²⁴ não há disposição constitucional que imponha a atuação do Conselho Nacional de Justiça “na forma da lei”. A Resolução nº 7, ademais, encontra-se em harmonia com os princípios regentes da atividade estatal (impessoalidade, eficiência e igualdade), não sendo divisada qualquer antinomia.

32. A decisão do Supremo Tribunal Federal, como afirmamos em trabalho específico,²⁵ envereda por um grande número de polêmicas, que variam desde a legitimidade democrática à própria segurança jurídica dos destinatários das “normas primárias” do Conselho Nacional de Justiça e, por identidade de razões, do Conselho Nacional do Ministério Público. Naquilo que se relaciona mais diretamente ao nosso objeto de análise, é possível identificar quatro equívocos na decisão do Tribunal: 1º) afirmar, sem mais, que a Constituição é a base de validade da resolução, não resolve o problema da divisão de competências entre os entes federados; 2º) ainda que se reconheça que a base de validade do regulamento é a Constituição, não se pode afastar a sua submissão à lei, estando a conclusão contrária dependente de previsão expressa, não sendo suficiente o mero silêncio constitucional; 3º) as resoluções do CNMP não podem ser assimiladas aos decretos autônomos do Executivo, pois não refletem o exercício de competências privativas, ao abrigo da própria lei; e 4º) nenhum dos exemplos de atos normativos que não a lei, previstos na Constituição, foi expressamente intitulado de “ato regulamentar”.

33. Invocando a velha máxima de Maquiavel, tudo leva a crer que a nobreza dos fins almejados pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução nº 7 tenha levado o Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento da constitucionalidade do meio escolhido. Espera-se, no entanto, que a temática ainda seja objeto de maior reflexão, evitando que uma relevante parcela dos agentes públicos fique à margem do manto protetor do princípio da legalidade.

¹⁸ Art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, a e b da CR/1988.

¹⁹ Art. 62 da CR/1988.

²⁰ Art. 96, I, a, da CR/1988.

²¹ Arts. 73 e 75 da CR/1988.

²² Art. 84, VI, da CR/1988.

²³ Art. 105, parágrafo único, II, da CR/1988.

²⁴ Art. 111-A, § 2º, II, da CR/1988.

²⁵ “Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco”, in: *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, vol. 23, nº 84, p. 143, abr./jun. 2006.

34. A análise da sistemática constitucional, como dissemos, permite afirmar que o poder reformador, ao criar o CNMP, outorgou-lhe uma atribuição, a de “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”, e lhe outorgou dois instrumentos: “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência” e “recomendar providências”. Os dois instrumentos estão finalisticamente voltados à satisfação da atribuição que lhes está atrelada: o CNMP poderá fazer uso do regulamento em havendo lei que lhe dê sustentação, e da recomendação na sua ausência. O regulamento é um ato normativo de caráter geral e de indiscutível imperatividade, a recomendação é um ato administrativo de caráter geral ou individual, com contornos essencialmente dispositivos, não vinculando os seus destinatários.

35. De qualquer modo, desde logo já se constata que a *ratio* do poder regulamentar do CNMP é proteger a autonomia das Instituições controladas, pois, de acordo com o léxico, “zelar” significa “tomar conta (de alguém) com o maior cuidado e interesse”.²⁶

36. Como afirmamos em outra oportunidade,²⁷ em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas. Autonomia, no entanto, não se confunde com soberania. A ideia de soberania indica o poder de estabelecer a normatização a ser observada em determinado território, sem que haja qualquer relação de subordinação a um estamento superior, bem como a aptidão do Estado em se relacionar com os demais na esfera internacional em uma posição de igualdade – ao menos jurídica. A soberania, em seu conceito clássico, que pouco a pouco vem sendo atenuado com a globalização e o imperativo respeito aos direitos do homem, era qualificada como “una, indivisível, inalienável e imprescritível”.²⁸ Diversamente da soberania, a autonomia não apresenta qualquer característica de originariedade, tendo os seus limites traçados pelo próprio poder soberano, no qual encontra o seu fundamento de validade. A autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

37. Constantino Mortati,²⁹ discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que:

tal termo, segundo o seu significado (do grego: autos – si próprio, nemein – governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses.

²⁶ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, verbete zelar.

²⁷ *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91/93.

²⁸ DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris: E. de Boccard, 1923, p. 85.

²⁹ *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II. 7ª ed. Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

38. Inerente e indissociável da noção de autonomia encontra-se a de liberdade valorativa. Uma Instituição autônoma, como é o Ministério Público, observada a juridicidade, na qual se sobressaem a Constituição e as leis orgânicas, tem ampla liberdade para valorar as circunstâncias subjacentes à realidade e escolher a solução que melhor se ajusta às suas peculiaridades. Sem liberdade não há autonomia. Em consequência, o CNMP jamais poderia editar atos regulamentares que, longe de defender, restringissem a autonomia das Instituições controladas.³⁰

39. As disposições constitucionais não podem ser concebidas como partículas isoladas e indiferentes ao seu entorno: por possuírem idêntica natureza e ocuparem o mesmo plano hierárquico (sob a ótica jurídica, não axiológica), devem manter uma relação de harmonia e pacífica coexistência.³¹ A unidade constitucional explora as potencialidades da interpretação sistemática, permitindo sejam contornadas as múltiplas tensões dialéticas que se verificam na Constituição, fruto do seu caráter fundante e da estrutura essencialmente aberta de suas disposições.

40. Em prevalecendo o entendimento atualmente arraigado no âmbito do CNMP, no sentido de que suas resoluções podem se imiscuir livremente no plano administrativo, sem qualquer balizamento imposto pela autonomia das Instituições controladas, ter-se-ia de admitir, por identidade de razões, que seriam igualmente livres as incursões no plano da autonomia funcional, o que terminaria por afetar o próprio exercício da atividade finalística dos órgãos de execução. Esse argumento *a fortiori* decorre da constatação de que, na construção do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, os “atos regulamentares” instrumentalizam tanto o zelo pela autonomia administrativa, como pela autonomia funcional. Reconhecendo a sua aptidão para diminuir o raio de expansão da primeira, há que se admitir, por identidade de razões, a retração da segunda. Lembrando o dramaturgo Nelson Rodrigues, “nada é mais difícil e cansativo do que tentar demonstrar o óbvio”.

41. Numa perspectiva puramente teleológico-funcional, é possível identificar uma multiplicidade de atos passíveis de serem praticados pelos órgãos com atribuição no âmbito do Ministério Público. Podem se praticados atos de natureza (1) administrativa (v.g.: os atos de gestão emitidos em cumprimento da lei); (2) financeira (v.g.: o empenho das despesas realizadas); (3) funcional *stricto sensu* (v.g.: o exercício da atividade finalística inerente ao Ministério Público); e (4) puramente política (v.g.: a iniciativa do processo legislativo por parte do Procurador-Geral).

42. Os atos regulamentares, como se constata pela leitura do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, somente podem alcançar os atos de natureza administrativa e funcional, isso, obviamente, com o objetivo de assegurar a autonomia da Instituição. Face à própria sistemática constitucional, entendemos que os atos de cunho financeiro ora se enquadrarão sob a epígrafe mais ampla

³⁰ Na Resolução nº 14/2006, que “dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso”, o CNMP chegou ao extremo de definir que a Comissão de Concurso teria cinco membros (art. 3º) e que a prova preambular seria de múltipla escolha (art. 17, I).

³¹ Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 83.

dos atos administrativos, ora sob a epígrafe dos atos políticos, o que os exime de qualquer balizamento (salvo o constitucional) nesse último caso.

43. A expedição de atos regulamentares voltados à salvaguarda da autonomia funcional, como soa evidente, não pode restringi-la e, muito menos, incursionar em aspectos afetos à independência funcional dos membros do Ministério Público, princípio constitucional que assegura o livre exercício da atividade finalística, mantendo-a imune a influências exógenas. Se o sistema jurídico, mais especificamente o art. 127, § 1º, da Constituição da República, autoriza que um órgão de execução formule livremente o seu juízo valorativo, não pode o CNMP restringir a independência funcional que lhe é inerente, isso com a criação de um mecanismo de controle interno que a lei não previu. Com isso, longe de assegurar a independência funcional, termina por maculá-la de modo intenso e visceral.

44. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, que conta com um “Estatuto da Magistratura”, de iniciativa do seu órgão de cúpula, o Ministério Público não possui um “Estatuto do Ministério Público Brasileiro” e muito menos um órgão de cúpula que possa propô-lo ao Poder Legislativo. Nesse particular, a distinção é nítida. E qual foi a técnica adotada pela Constituição de 1988? Entre os extremos da unidade normativa, sujeitando o Ministério Público Brasileiro a uma única e mesma lei, e da total ausência de regramentos comuns, optou por uma via intermédia. Em outras palavras, apesar de o Ministério Público da União e cada Ministério Público Estadual contar com a sua própria Lei Orgânica, foi estabelecido que os últimos deveriam permanecer adstritos aos balizamentos oferecidos pelas normas gerais editadas pela União. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, dispôs que seriam de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que tratassem da organização do Ministério Público da União, facultada igual iniciativa ao Procurador-Geral da República, ou que veiculassem normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (arts. 61, § 1º, II, d; e 128, § 5º). Acresceu, ainda, que leis complementares da União e dos Estados, observadas, em relação aos últimos, as normas gerais veiculadas pela União, estabeleceriam a “organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público” (art. 128, § 5º). Com isso, todo e qualquer ramo do Ministério Público teria uma lei complementar que o regeria. É perceptível, desse modo, que o sistema constitucional reconheceu a diversidade como uma característica inerente ao Ministério Público. Com os olhos voltados às instituições estaduais, é possível afirmar que só há uniformidade em relação às matérias em que a norma geral assim o desejou.

45. A partir das premissas estabelecidas no item anterior, é possível afirmar que o objetivo do Conselho Nacional do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, jamais pode ser o de estabelecer uma “uniformidade deformante”. E isso por uma razão muito simples: a alegada uniformidade somente será alcançada se for alargado o alcance da norma geral editada pela União, que deve ser necessariamente veiculada em lei, de iniciativa privativa do Presidente da República. Conclui-se, desse modo, que a “uniformização” será alcançada à custa da “deformação” da ordem constitucional.

46. É possível afirmar que a uniformização é um objetivo natural em relação ao Poder Judiciário, estrutura verticalizada e regida por uma única lei orgânica. Não o é, no entanto, para o Ministério Público. Ainda que não o seja sob o prisma ôntico, não é de se excluir, ao menos no plano argumentativo, a possibilidade de a União ampliar de tal modo as normas gerais que venha a reduzir, consideravelmente, a liberdade de conformação do legislador estadual. O que não nos parece possível é que o Conselho Nacional do Ministério Público, absorvendo competências próprias do Presidente da República e do Congresso Nacional, venha a ampliar o rol de “normas gerais” e, conseqüentemente, reduzir o alcance das leis complementares que regem cada uma das Instituições estaduais.

47. É factível, portanto, que as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público: (1) estão objetivamente delimitadas pela esfera de competência do colegiado; (2) não podem afrontar a Constituição e a lei, federal ou estadual; e (3) estão finalisticamente comprometidas com o zelo pela autonomia funcional e administrativa das Instituições controladas, não podendo reduzir a liberdade valorativa que o sistema lhes assegura e muito menos incursionar em seara reservada à lei (v.g.: aumentando remunerações ou criando atribuições para os órgãos da Instituição).

III

48. Pelas razões expostas, o parecer é no sentido de que a Resolução CNMP nº 126/2015, ao introduzir um art. 9º-A na Resolução CNMP nº 23/2007, não se mostra compatível com a ordem constitucional.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2015.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico