

## Pareceres

• • •

*Parecer. Consultoria Jurídica da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos.*

### **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP**

Emerson Garcia\*

I

1. Consulta-nos a Exma. Sra. Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público sobre a possibilidade, ou não, de permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos.

2. A solicitação encontra-se instruída com petição eletrônica, colhida na rede mundial de computadores, em que se requer ao Conselho Nacional do Ministério Público seja autorizada permuta dessa natureza.

3. Em prol da permuta, argumenta-se que: (a) a unidade e o caráter nacional do Ministério Público a permitem; (b) não há vedação constitucional ou legal; (c) a carreira do Ministério Público é una, já que o art. 129, § 3º, da Constituição de 1988 refere-se a ela no singular; (d) a exigência de prévia aprovação em concurso público foi atendida, sendo que os certames, além de serem praticamente idênticos, são regidos pela mesma Lei Nacional; (e) permuta semelhante já é realizada entre Juízes Federais, Juízes do Trabalho e membros do Ministério Público da União; (f) a permuta deve ser aprovada pelos Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos de ambos os Estados; (g) seria possível a compensação financeira entre os regimes previdenciários, tal qual autoriza o art. 129, § 3º, da Constituição de 1988; (h) eventuais distinções no escalonamento funcional existente em cada Ministério Público podem ser superadas com a equiparação de entrâncias; (i) a ordem jurídica deve ser interpretada de modo

---

\* Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Professor convidado de diversas instituições de ensino. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (*The Hague* – Holanda).

a potencializar os seus valores fundamentais, com ênfase para a convivência familiar, passível de ser afetada quando o membro da Instituição exerce suas atividades laborativas em Estado da Federação distinto daquele em que mantém suas relações sociais e familiares.

## II

4. O presente parecer é exarado no exercício de uma atividade associativa, no âmbito interno da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o que, não obstante sua natureza consultiva, em nada se confunde com o exercício da advocacia, vedada, aliás, aos membros do Ministério Público. Acresça-se que a matéria versada possui relevância direta para os associados da CONAMP, já que a permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diversos é potencialmente benéfica a todos, o que justifica a assunção, pela associação de classe, de uma posição a respeito do assunto.

5. Em relação ao objeto de análise propriamente dito, cremos que a questão é relativamente simples, passando, acima de tudo, pela correta individualização da essência e do potencial expansivo das noções de unidade e carreira. Além disso, também se mostra relevante a compreensão da funcionalidade do concurso público e da *ratio essendi* da legalidade, que assume, para os poderes constituídos, contornos bem distintos daqueles afetos aos particulares.

6. Ainda em relação às vigas mestras do parecer, deve-se ressaltar que as considerações a serem realizadas não se mostrarão permeáveis a ingredientes de contornos puramente sentimentais, cuja presença, em situações como a presente, é inevitável. Afinal, a permuta objeto de análise, caso autorizada, irá beneficiar um elevado quantitativo de membros do Ministério Público, espalhados pelos quatro cantos do País, os quais, pelas circunstâncias da vida, exercem atividades laborativas fora do seu círculo regular de convivência.

7. Não é demais lembrar, ainda em relação aos aspectos estruturais do parecer, que as linhas argumentativas a serem construídas e as conclusões que serão alcançadas não são propriamente inovadoras. Em verdade, são meras reproduções, textuais ou não, de posicionamentos doutrinários que temos exteriorizado ao longo dos anos. Portanto, refletem o nosso atual estágio de compreensão do direito e da sociedade.

### II.1. A Unidade do Ministério Público<sup>1</sup>

8. O saudoso Roberto Lyra,<sup>2</sup> referindo-se ao princípio da unidade do Ministério Público, afirmou tratar-se de uma “tese sem sentido definido”, acrescentando que “desde que

<sup>1</sup> Esse item reproduz parte do que sustentamos em Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 125-133; A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática, in Boletim de Direito Administrativo Ano XXVIII, nº 9, p. 1033, set. de 2012; e Parecer sobre minuta de portaria elaborada pela Procuradoria Regional Eleitoral no Estado do Rio de Janeiro, que pretende regulamentar a atuação dos Promotores Eleitorais nas eleições gerais de 2014, in: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 52, p. 223, jul.-set./2014.

<sup>2</sup> *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 179.

os órgãos do Ministério Público, nos atos de ofício, dispõem de liberdade de consciência, afigura-se impossível uniformizar o critério de apreciação do fato e do direito. Mas, se, em espécie, assim acontece, os representantes do Ministério Público estão ligados pelo sentimento comum da causa pública, pela identidade do programa e da finalidade, dos deveres cívicos e das responsabilidades funcionais.” O grande jurista, como se percebe, referia-se à unidade sob o prisma funcional, mas as dificuldades que enunciava projetam-se, com igual força e intensidade, no plano institucional. Afinal, como falar-se na unidade de uma pluralidade de instituições vinculadas a entes federativos diversos?

9. O primeiro passo a ser dado, para a identificação da essência e do potencial expansivo do princípio da unidade, não pode ser outro senão a análise dos aspectos basilares da Federação, forma de Estado adotada pela República Federativa do Brasil.

10. Os Estados contemporâneos, de um modo geral, têm sido subdivididos em unitários e compostos, conforme seja identificada a concentração, ou não, do poder político decisório.

11. No Estado unitário, há uma vontade política central, que se impõe a todos, quer no plano normativo, quer no administrativo. Ele pode ser centralizado ou descentralizado: a primeira forma, como anotam Delpérée e Verdussen<sup>3</sup>, não existe em estado puro, já que, por força da própria realidade, sempre se opera algum grau de descentralização no plano local, em que coletividades ou órgãos locais são investidos da função de gerir os interesses que lhes são próprios, exprimindo os seus anseios e preocupações. Os Estados unitários normalmente apresentam divisões territoriais (v.g.: as Províncias no Brasil Império) e, por razões práticas, certos níveis de descentralização do poder, o que permite a aproximação da população aos centros de comando<sup>4</sup>. Em nível intermédio entre o Estado unitário e o federal, tem-se o Estado regional (v.g.: Itália e Portugal, respectivamente, após as Constituições de 1947 e 1976) ou provincial (v.g.: Sérvia, após a Constituição de 2006), em que as regiões e províncias, apesar de não possuírem uma Constituição própria, apresentam alguma autonomia política.

12. No Estado composto, identifica-se uma diversidade de vontades políticas, que podem ostentar, ou não, o atributo da soberania. São exemplos: (1) a união pessoal, resultante do fato de uma mesma pessoa chefear dois ou mais Estados, sendo esse o objetivo de inúmeros casamentos realizados entre nobres no decorrer da história – nesse modelo, como anota Jacques Cadart<sup>5</sup>, cada Estado integrante da união pessoal tem suas próprias leis, restringindo-se a união à pessoa do chefe; (2) a união real, que normalmente resulta da união pessoal, é caracterizada por uma aproximação mais íntima entre os Estados, que apresentam órgãos comuns e uma única representação no plano internacional (v.g.: a união austro-húngara após 1918 e a união entre Suécia e Noruega no período de 1815 a 1905); sendo esses dois primeiros modelos mera reminiscência histórica; (3) a confederação, forma em franco desuso e que consiste na reunião voluntária, por tratado, de Estados soberanos, que passam a exercer, a partir de órgãos comuns, uma

<sup>3</sup> *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 48.

<sup>4</sup> ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 32.

<sup>5</sup> *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, vol. 1. 3ª ed. Paris: Economica, 1990, p. 66.

parcela do seu poder político (v.g.: a Confederação Helvética, que, desde 1848, apesar de preservar a designação, é uma federação; note-se que sob a égide do Pacto de 1815, que se intitulava “federal”, a Suíça era considerada uma confederação<sup>6</sup>) – em termos práticos, ou a confederação se dissolve ou se transforma em federação, como ocorreu com os Estados Unidos da América em 1787 e com a Alemanha em 1871; e (4) o Estado federal, composto por entes (v.g.: Estados-Membros, *Länder*, Cantões etc.) dotados de autonomia política e destituídos de soberania, o que o distingue da confederação.

13. No Estado federal, fórmula mais destacada de Estado composto e que encontra o seu marco na Constituição norte-americana de 1787, não se tem uma única vontade política, mas uma pluralidade de vontades políticas, articuladas em harmonia com o balizamento constitucional, que se impõe indistintamente a todos. O conjunto dessas vontades políticas forma a União, designativo preferido pelo direito brasileiro e que indica a pessoa jurídica de direito público que personifica o Estado em suas relações internacionais e exerce os atributos da soberania. Há um desmembramento do poder político, que passa a ser exercido por entes autônomos, sem qualquer relação de subordinação entre si, de modo que “o Estado federal é uma sociedade de iguais.”<sup>7</sup>

14. O Estado brasileiro adotou a forma unitária sob o Império e a federativa sob a República. A Constituição de 1988, no *caput* do seu art. 1º, indica a forma de Estado adotada e os entes que integram a República Federativa do Brasil: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Como única característica, enuncia a indissolubilidade, ao que se soma a autonomia dos entes federados, esta última prevista no *caput* do art. 18. Ínsita na autonomia tem-se a igualdade formal dos entes federados, todos legítimos integrantes da federação brasileira. No plano material, a igualdade termina por ser subjugada, verificando-se um nítido escalonamento, em termos de competência legislativa e capacidade financeira, entre os entes maiores e aqueles que os integram (v.g.: a União em relação aos Estados, o Distrito Federal e os Municípios; os Estados em relação aos Municípios).

15. A tão propagada autonomia entre os entes federativos longe de desenvolver-se no plano dos conceitos é construída a partir dos lineamentos traçados pela ordem constitucional. Embora seja correto afirmar que o Estado brasileiro e o norte-americano adotam a forma federativa de Estado, é factível que tal não se dá de maneira idêntica, o que decorre do próprio processo de surgimento desses Estados. A federação brasileira surgiu a partir de um movimento centrífugo, em que um Estado unitário foi subdividido, com a conseqüente concessão de autonomia política às suas partes; a norte-americana, por sua vez, surgiu a partir de um movimento centrípeto, em que Estados independentes se uniram, deixaram de existir e fizeram surgir um novo Estado,

<sup>6</sup> AUBERT, Jean-François. *Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, vol. I. Neuchatel: Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 200; e FAVRE, Antoine. *Droit Constitutionnel Suisse*. 2ª ed. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1970, p. 39–42.

<sup>7</sup> DELPÉRÉE, Francis e VERDUSSEN, Marc. *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 50.

de natureza composta, o que resultou no reconhecimento da autonomia política de suas partes. À luz desse quadro, era natural que a União, no Estado brasileiro, continuasse fortalecida, enquanto os Estados, no exemplo norte-americano, outrora soberanos, preservassem relevantes competências administrativas e executórias. Portanto, a própria noção de autonomia não prescinde de detalhada análise do formato que a ordem constitucional lhe atribuiu.

16. A exemplo dos entes federados, o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si. Etimologicamente, autonomia deriva da união das palavras gregas *auto*, que indica aquilo que é próprio, e *nomia*, que significa regra, norma. Em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas que devem ser seguidas. Autonomia, por certo, não se confunde com soberania; em verdade, a autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

17. Em alguns casos, o próprio Constituinte Originário confere autonomia a determinadas estruturas organizacionais: os Poderes, os Entes da Federação, o Ministério Público, as Cortes de Contas, as Universidades etc. Em outros, a autonomia é assegurada pelos organismos que receberam a sua autonomia da Constituição, não existindo qualquer óbice ao surgimento de novas autonomies, desde que observados o procedimento previsto em lei e os limites já traçados. Nesses casos, ter-se-á uma autonomia “derivada”, que será necessariamente mais restrita que aquela ostentada pelo ente que a concedeu, o qual já fora limitado pelo Constituinte. Como exemplo de autonomia derivada, pode ser mencionada a situação das estruturas administrativas que, por deliberação do ente federativo, passam a gozar de autonomia.

18. Costantino Mortati,<sup>8</sup> 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”.

19. Tratando-se de entes públicos, que devem necessariamente observar as características inatas de um Estado de Direito, dentre as quais avulta o princípio da legalidade, o alcance da autonomia, que encerra um conceito nitidamente polissêmico, haverá de estar delineado na norma. A autonomia, assim, poderá variar em distintos graus, cujo patamar mínimo será a mera autonomia administrativa e o limite máximo a própria soberania.

20. Especificamente, em relação ao Ministério Público, a Constituição da República lhe assegurou, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa

<sup>8</sup> *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II. 7ª ed. Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

(art. 127, § 2º), e, implicitamente, garantiu-lhe autonomia financeira (art. 127, § 3º). A Lei nº 8.625/93, em seu art. 3º, fez referência expressa à autonomia nessas três vertentes. Como se vê, à Instituição foi outorgada uma autonomia extremamente elevada, praticamente inviabilizando qualquer ingerência exterior em sua organização. A exceção, por óbvias razões, está situada na ausência de uma ampla autonomia normativa, pois, em um Estado de Direito, é de todo desaconselhável que uma instituição, sem a influência de qualquer outra, possa editar toda a normatização que deverá seguir. Evitar esse tipo de inconveniente, aliás, é uma das justificativas do sistema dos freios e contrapesos.<sup>9</sup>

21. No que diz respeito à autonomia administrativa do Ministério Público, com especial ênfase para a gestão dos seus recursos materiais e humanos, a Constituição da República, ao mesmo tempo em que a consagrou, estabeleceu três exceções a ela: a) a nomeação do Procurador-Geral de Justiça é realizada pelo Chefe do Executivo (art. 128, § 3º); b) o Procurador-Geral de Justiça pode ser destituído por deliberação do Poder Legislativo (art. 128, § 4º); e c) os membros vitalícios somente podem perder o cargo por força de sentença judicial transitada em julgado (art. 128, § 5º, I, a). Note-se que o próprio Conselho Nacional do Ministério Público deve “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público” e, para tanto, pode “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (art. 130-A, § 2º, I). Além disso, está autorizado a realizar o controle de juridicidade dos atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira. Sempre que destoarem do referido referencial de juridicidade, hão de ser reformados, o que não importa em qualquer afronta ao alicerce de sustentação da autonomia das Instituições controladas.

22. A partir das características basilares da forma federativa do Estado brasileiro e da autonomia existencial de cada um dos ramos do Ministério Público, é possível adentrar no delineamento dos contornos essenciais da unidade institucional. E, nesse particular, deve ser lembrado que o enunciado linguístico de natureza normativa, enquanto projeto de regulação funcionalmente direcionado ao ambiente sociopolítico, realidade viva e dinâmica, não pode permanecer indiferente aos distintos fatores que se projetam sobre esse ambiente e concorrem para o seu delineamento. Todo e qualquer enunciado linguístico, normativo ou não, se interrelaciona com determinados fatores que influem na formação do seu significado e respectivo alcance. Essa influência tanto pode contribuir para elucidar os seus contornos semânticos, facilitando a superação de possíveis vaguezas ou ambiguidades (é a “desambiguação” a que se referiu Luzzati<sup>10</sup>), como pode estimular o próprio surgimento desse tipo de interferência no processo de comunicação, o que decorre da agregação de complicadores que o enunciado linguístico, concebido em sua individualidade, não ostentava. Esses fatores são colhidos no universo existencial de cada enunciado, vale dizer, no contexto em que inserido, que pode ser visto

<sup>9</sup> Cf. GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa vol. 46, nº 2, p. 905, 2005.

<sup>10</sup> *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 623.

sob uma perspectiva linguística ou não-linguística. Aliás, remonta aos romanos o brocardo “*lex non est textus sed contextus*”. Alguns autores reservam o designativo contexto ao universo linguístico, referindo-se ao não linguístico como *situação*.<sup>11</sup>

23. De modo simples e objetivo, pode-se afirmar que o contexto linguístico é formado pelos demais enunciados normativos existentes dentro e fora da ordem constitucional, enquanto o não linguístico é oferecido pelo ambiente sociopolítico em que se projetará o padrão normativo a ser delineado pelo intérprete. É intuitivo, portanto, que a unidade institucional jamais poderia ser concebida dissociada do seu entorno, de modo que, a partir dessa singela base semântica, fosse possível surgir um sistema próprio, estruturado e desenvolvido pelo intérprete com o só recurso ao léxico.

24. Se o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si, isso nos planos administrativo, financeiro e funcional, como compatibilizar essa autonomia com a unidade institucional?

25. A resposta a esse questionamento exige seja aferido se as noções de unidade e variedade são necessariamente antinômicas ou se podem ser argumentativamente compatibilizadas. Invocando a sistematização oferecida por Karen Gloy,<sup>12</sup> é possível afirmar que, no primeiro caso, teremos “a unidade com exclusão da variedade” (*Einheit mit Ausschluss der Mannigfaltigkeit*) e, no segundo, “a unidade com inclusão da variedade” (*Einheit mit Einsschluss der Mannigfaltigkeit*). No ambiente sociopolítico, caracterizado pelo pluralismo, essa última possibilidade é frequente, permitindo que a diversidade de características culturais coexista com uma síntese identitária, vale dizer, com o delineamento de valores comuns que expressem a essência do grupamento.<sup>13</sup>

26. A estrutura do Ministério Público brasileiro apresenta uma nítida distinção em relação à forma federativa do Estado. Nessa última, como se disse, a União personifica a República Federativa do Brasil, resultando da “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (CR/1988, art. 1º). Já o Ministério Público “abrange” o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados. Nesse caso, os congêneres da União e dos Estados, em seu conjunto, integram o que se denomina de “Ministério Público”. A peculiaridade é que enquanto a União possui real existência, o denominado “Ministério Público”, concebido de modo dissociado de seus ramos, é uma instituição empírica, que sequer alcança a realidade. Se o Ministério Público “não existe”, qual é a *ratio essendi* da sistemática constitucional? A resposta é simples: o objetivo é o de estabelecer uma identidade comum entre os distintos ramos que materializam o “Ministério Público”, todos imbuídos da mesma teleologia, a de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CR/1988, art. 127, *caput*).

<sup>11</sup> Cf. ROSS, Alf. Direito e Justiça (*On Law and Justice*). Trad. de BINI, Edson. São Paulo: Edipro, 2003, p. 143; e MODUGNO, Franco. *Interpretazione Giuridica*. Padova: CEDAM, 2009, p. 112 e 136.

<sup>12</sup> GLOY, Karen. *Einheit und Mannigfaltigkeit: eine Strukturanalyse des “und”*: systematische Untersuchungen zum Einheits- und Mannigfaltigkeitsbegriff bei Platon, Fichte, Hegel sowie in der Moderne. Berlin: Walter de Gruyter, 1981, p. 83 e ss.

<sup>13</sup> FÜCHS Ralph. Risse in Gebälke, Kulturelle differenz im Vereinigten Deustchland, in: PROBST, Lothar e STIFTUNG, Heinrich-Böll. *Differenz in der Einheit*. Berlin: Ch. Links Verlag, 1999, p. 9 e ss.

27. Ao dispor sobre a existência de um único Ministério Público, que abrange uma diversidade de instituições autônomas entre si, a Constituição de 1988 encampou “a unidade com inclusão da variedade”. A partir dessa conclusão, pode-se afirmar que o princípio da unidade, contemplado no § 1º do art. 127 da Constituição de 1988, atua como evidente reforço argumentativo, indicando que tanto o Ministério Público da União como os Ministérios Públicos dos Estados, cada qual em sua esfera de atribuições, atuam como partes indissociáveis de um único e mesmo corpo.

28. A unidade do Ministério Público não é um conceito passível de ser delineado com o só recurso à criatividade do intérprete. Toda e qualquer leitura desse princípio há de ser realizada com as lentes da Constituição, daí decorrendo a possibilidade de as distintas instituições autônomas que integram o conceito mais amplo de Ministério Público aproximarem-se ou distanciarem-se conforme os balizamentos constitucionais. Nessa linha, constata-se que a unidade, por si só, não legitima a pretendida simbiose existencial entre instituições integradas a entes federativos diversos, dotadas de autonomia administrativa e que administram o seu quadro de pessoal consoante os balizamentos fixados em lei.

## II.II. O Caráter Nacional do Ministério Público<sup>14</sup>

29. Da unidade do Ministério Público brasileiro, delineada nos moldes da ordem constitucional, também decorre o seu caráter nacional. A Constituição de 1988, no auge de sua unidade orgânico-sistêmica, após disciplinar, em seu Título III, os aspectos básicos da “Organização do Estado”, tratou, no título seguinte, da “Organização dos Poderes”, ocasião em que traçou uma disciplina nitidamente diferenciada para os Poderes Legislativo e Executivo (Capítulos I e II) e para o Poder Judiciário e o Ministério Público (Capítulos III, IV, Seção I).

30. A disciplina do Legislativo é especificamente voltada ao plano federal, sendo ali reguladas as competências do Congresso Nacional e de suas Casas, as prerrogativas dos Parlamentares e o processo legislativo federal. Técnica idêntica foi adotada em relação ao Executivo, onde somente o Presidente da República e os órgãos que lhe são correlatos tiveram suas atribuições disciplinadas pelo texto constitucional.

31. Ao tratar do Judiciário, a Constituição adotou uma técnica nitidamente distinta. Inaugurando o Capítulo III do Título II, são relacionados todos os órgãos do Poder Judiciário, vinculados à União ou aos Estados, clara demonstração do caráter nacional da magistratura, conclusão que é robustecida com o extenso rol de princípios veiculados pelo art. 93 e pelas garantias e vedações constantes do art. 95, isso sem olvidar a existência de um órgão comum de controle, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

32. Especificamente em relação ao Ministério Público, constata-se a adoção de uma técnica idêntica àquela utilizada para o Judiciário. O art. 128 relaciona todos

<sup>14</sup> Esse item reproduz parte do que sustentamos em Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 109.

os órgãos da Instituição, quer vinculados à União, quer aos Estados, o que permite seja alcançada conclusão idêntica àquela prevalecente em relação à Magistratura. Sujeita todos os ramos da Instituição aos princípios do art. 127, havendo expressa remissão ao art. 93 (art. 129, § 4º), e estende a todos as mesmas garantias e vedações constantes do art. 128, § 5º. Não bastasse isso, ainda criou um órgão comum para o controle externo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

33. Apesar de Ministério Público e Poder Judiciário ostentarem caráter nacional, são factíveis as distinções estruturais estabelecidas pelo texto constitucional. Essa observação torna-se relevante justamente em razão de algumas iniciativas do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem buscado uniformizar as práticas adotadas nos distintos ramos da Instituição. Para tanto, invoca, com frequência, as medidas adotadas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, isso sem atentar para as distinções existentes entre as estruturas controladas.

34. O Poder Judiciário, como se sabe, é regido por uma única lei orgânica, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal e cognominada, pelo art. 93, *caput*, da Constituição de 1988, de “Estatuto da Magistratura”. Em consequência, não obstante a inserção desse Poder no âmbito de um Estado Federal, em que o Estado-membro, em suas estruturas orgânicas, conta com órgãos jurisdicionais, somente a União pode legislar sobre a matéria. Os Tribunais de Justiça carecem de poder de iniciativa e as Assembleias Legislativas não podem incursionar nessa temática. Esse é um dos aspectos mais característicos da unidade do Poder Judiciário brasileiro, que se desenvolve em um plano de verticalidade, de modo que, principiando pela base, há sempre um órgão superior capaz de rever as decisões proferidas pelo órgão inferior, até que, alcançado o plano mais elevado, ocupado pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões não são passíveis de serem revertidas por qualquer outro órgão.

35. 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 substancial. 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 que a unidade coexiste com a variedade. 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 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 variedade 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.

36. A partir dessa premissa inicial, 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.

37. 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.

38. Como se percebe, além de o caráter nacional do Ministério Público apresentar sensíveis distinções em relação a igual característica do Poder Judiciário, a sua essência é oferecida pela ordem constitucional, não sendo delineada a partir de puras aspirações, por mais nobres que sejam. E, nesse particular, o art. 128, § 5º, da Constituição de 1988, como dissemos, dispôs que cada Estado editaria lei complementar dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observados os balizamentos estabelecidos pelas normas gerais editadas pela União. Portanto, o caráter nacional do Ministério Público não afasta a constatação de que cada unidade do Ministério Público é regida por uma base normativa distinta, permanecendo unidas entre si por alguns poucos traços comuns.

39. É evidente que os traços estruturais da carreira, além de tangenciarem a organização do Ministério Público, já que influem diretamente sobre o escalonamento funcional, consubstanciam matéria típica do estatuto de cada Ministério Público. Em cada lei orgânica serão definidas as regras de surgimento, progressão e extinção do vínculo funcional.

### II.III. A Carreira do Ministério Público

40. Carreira, consoante a doutrina especializada, indica o conjunto de classes – as quais congregam vários cargos –, organizado de modo a permitir a progressão funcional, consoante os critérios previstos em lei, que são o mérito e a antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional.

41. Os membros do Ministério Público ocupam cargos de carreira. No âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, o delineamento dos cargos e das classes da carreira

é estabelecido em cada lei orgânica estadual, já que a Lei nº 8.625/1993, restrita que está às normas gerais, não avança em minúcias dessa natureza. Os cargos existentes apresentam diversas variações. Há Estados que adotam divisões mais singelas, como as de Promotor de Justiça Substituto, Promotor de Justiça e Procurador de Justiça e outras divisões mais complexas, prevendo a existência de Promotores de 1ª, 2ª e 3ª entrância, bem como de entrância especial. O mais comum, de qualquer modo, é que a atuação em segunda instância seja vinculada aos ocupantes de um único cargo, o de Procurador de Justiça. Cada um dos cargos existentes costuma representar uma classe da carreira. O acesso à classe inicial pressupõe a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos e a correlata posse no cargo correspondente. As classes subsequentes da carreira serão alcançadas a partir da promoção aos cargos correspondentes, o que é realizado com a observância das normas estabelecidas no estatuto do respectivo Ministério Público.

42. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, já que não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados. Com isso, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo órgão do inativo após concurso de remoção ou promoção. A Lei Orgânica Nacional, aliás, não deixa margem a dúvidas quanto ao acerto dessa conclusão: a) o membro do Ministério Público poderá se aposentar, facultativamente, “após cinco anos de efetivo exercício na carreira” (art. 54); e b) o Capítulo IX, intitulado “Da Carreira”, trata do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento (art. 68).

43. Na medida em que as unidades do Ministério Público estão distribuídas entre a União e os Estados, entes federativos politicamente autônomos, sendo elas próprias dotadas de autonomia administrativa, sujeitando-se, ainda, a normas próprias, que se aproximam entre si em razão de alguns traços comuns, é factível inexistir a mínima possibilidade de falarmos na existência de uma única carreira no Ministério Público.

44. Não se ignora, é certo, que o art. 127, § 2º, da Constituição de 1988 emprega o substantivo “carreira” no singular. No entanto, seria lógico e razoável afirmar que a ausência de flexão desse significante é suficiente para subsidiar a tese de que há uma única carreira? Esse questionamento pode ser respondido com outros dois: (1º) quando o art. 37, VI dispõe que “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”, ele autoriza a conclusão de que há um único servidor público no Brasil? (2º) na medida em que o art. 37, V dispõe que, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, os cargos em comissão devem ser preenchidos por “servidores de carreira”, seria possível afirmar que todos os servidores públicos brasileiros estão integrados à mesma carreira? Jocosidade à parte, é evidente que a

parte final do art. 127, § 2º está conectada à parte inicial, que assegura a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público e lhe confere a prerrogativa de “propor ao Poder Legislativo” (...) “os planos de carreira”. Os atributos da autonomia funcional e administrativa alcançam cada unidade do Ministério Público, concebida em sua individualidade, o que permite concluir, por mera inferência lógica, que cada unidade terá o seu plano de carreira.

45. Na medida em que cada unidade do Ministério Público, por imperativo constitucional, tem o seu próprio plano de carreira, podendo delinear-lo da maneira que melhor lhe aprouver, é factível que nem sempre teremos identidade no número de classes da carreira e, por via reflexa, no quantitativo e na nomenclatura dos cargos existentes.

46. Outro aspecto digno de nota em relação à carreira diz respeito à sua mobilidade nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, os membros se movimentam no interior da mesma classe, o que é feito a partir dos institutos da remoção e da permuta. No plano vertical, o movimento ocorre de maneira ascendente, de modo que o membro passa, em caráter definitivo ou temporário, de uma classe inferior para outra superior, o que é feito, respectivamente, por intermédio da promoção e da convocação. Todos esses institutos tiveram os seus lineamentos básicos traçados pela Lei nº 8.625/1993. Considerando a completude desse quadro, como seria possível sustentar que, existindo uma “única carreira”, somente a permuta estaria ao alcance dos membros de Ministérios Públicos diversos? A resposta mostre-se evidente: se a permuta enfrenta sólidas dificuldades jurídicas e pragmáticas, com especial ênfase para a ausência de identidade entre as classes das carreiras, essas dificuldades seriam simplesmente insuperáveis se a tese avançasse em direção à remoção, à promoção e à convocação. E isso por duas razões básicas: (1ª) como uniformizar a lista de antiguidade e avaliar os critérios de merecimento de membros de instituições diversas? e (2ª) qual o Conselho Superior que seria responsável por essa atividade? Essas dificuldades bem evidenciam a impossibilidade de ser promovida uma simbiose existencial entre membros de carreiras diversas.

#### II.IV. Da Prévia Aprovação em Concurso Público para Ingresso na Carreira do Ministério Público

47. Além da tese de que todos os membros do Ministério Público integram a mesma carreira, o que, como vimos, não corresponde à nossa realidade normativa, também se argumenta, em prol da permuta entre Ministérios Públicos de Estados diversos, que os interessados foram aprovados em concursos públicos praticamente idênticos.

48. A realização de processo seletivo para o ingresso nos quadros da Administração Pública, de modo a prestigiar os referenciais de moralidade e impessoalidade, é prática que, conquanto antiga no direito brasileiro, tem sofrido contínuos aperfeiçoamentos. As modificações verificadas no decorrer da história estão centradas em dois planos. O primeiro diz respeito à ampliação do processo

seletivo, de modo a garantir a igualdade entre todos e a admissão dos mais qualificados. O segundo, por sua vez, está relacionado à restrição dos cargos que não dependem da prévia realização de processo seletivo para o seu preenchimento. No âmbito constitucional, o comando exigindo a realização de um “concurso de provas” foi inicialmente inserido no art. 169, *caput*, da Constituição de 1934. Face à ausência de qualquer exigência de que esse concurso fosse “público”, sedimentou-se a prática, no âmbito da Administração Pública brasileira, de serem realizados “concursos internos”, coexistindo, ou não, com os “concursos públicos”, sendo de acesso restrito àqueles já integrados aos quadros públicos, estáveis ou não. Essa sistemática foi preservada nas duas Constituições posteriores (*vide* as de 1937, art. 156, *b e c*; e de 1946, art. 186), sendo modificada pela Constituição de 1967 (art. 95, § 1º), que exigia, para a “nomeação para cargo público”, “a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”. A moralização, no entanto, teve vida curta, já que a Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 97, § 1º) passou a exigir a prévia aprovação em concurso público, apenas, para “a primeira investidura em cargo público”. Essa norma revigorou os “concursos internos”, tendo afastado, apenas, a participação dos servidores não aprovados previamente em um concurso público, como os ocupantes de cargos em comissão.

49. Por fim, a Constituição de 1988 restabeleceu a exigência do concurso público para a investidura em qualquer cargo ou emprego público, o que tornou injurídicas as figuras da transposição entre cargos e da ascensão funcional. Tratando-se de práticas já arraigadas no pensamento coletivo, era natural que houvesse grande resistência à sua extinção. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se, em diversas ocasiões, sobre a tentativa de reintrodução desses institutos espúrios nos diversos quadrantes da Federação. Em todas elas, não tergiversou com a patente inconstitucionalidade. Assim ocorreu em relação (a) ao art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determinou a incorporação, sem concurso público, em situações específicas, de policiais civis à carreira de Delegado de Polícia (STF, Pleno, ADI nº 2.939/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 19/02/2004, DJ de 26/03/2004); e (b) ao § 1º do então art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual a carreira de Delegado de Polícia fazia parte da carreira única da polícia civil e determinava que a metade das vagas deveria ser reservada ao acesso por ascensão funcional (STF, Pleno, ADI nº 245/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 05/08/1992, DJ de 13/11/1992). Afinal, no entender do Tribunal, “[o] ingresso em cargo isolado ou cargo inicial de certa carreira deve dar-se obrigatoriamente por concurso público à vista do que dispõe o artigo 37 – II da Constituição Federal, com a ressalva dos cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O Supremo já proclamou, em mais de um juízo plenário, a inconstitucionalidade da ascensão funcional enquanto forma de ingresso em carreira diversa daquela que o servidor público começou por concurso” (STF, Pleno, ADI nº 362/AL, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 21/11/1996, DJ de 04/04/1997).

50. Se uma pessoa foi aprovada em concurso público e ingressou nos quadros do Ministério Público X, é evidente que a permuta para o Ministério Público Y importará em transposição de cargos pertencentes a carreiras distintas. E, aqui, não socorre o argumento de que o respectivo membro já fora aprovado em concurso público, não fazendo sentido que se submeta a novo certame. Se a tese era menos absurda quando cotejada com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, isso se abstrairmos o fato de a transposição ocorrer entre Estados distintos, ela é simplesmente inconciliável com a Constituição de 1988, que exige a prévia aprovação em concurso público para o acesso à classe inicial de qualquer carreira do funcionalismo público.

51. Outro argumento digno de nota, esse de natureza pragmática, não propriamente jurígena, é o de que o Estado brasileiro não é propriamente um referencial de nivelamento social e econômico. Essa realidade, como não poderia deixar de ser, projeta-se no plano dos concursos públicos, que tendem a apresentar níveis de dificuldade proporcionais não só à natureza dos cargos em disputa, como, também, aos atrativos oferecidos pela respectiva região. Ainda que se desconheça a existência de estudos científicos a esse respeito, é intuitivo que os concursos de acesso às carreiras do Ministério Público, em razão da própria realidade circundante, dificilmente terão o mesmo nível de dificuldade. Essa constatação, no entanto, mostra-se nitidamente secundária à análise da situação proposta. Afinal, a descentralização do concurso de acesso à carreira não é ontologicamente incompatível com a unidade da carreira. O que se impõe é a análise, caso a caso, da observância dos princípios reitores do sistema, com especial ênfase para a isonomia.

52. Apesar de desconhecermos as especificidades do processo de permuta adotado em algumas carreiras federais, como aquelas afetas aos Juízes Federais, aos Juízes do Trabalho e aos membros do Ministério Público da União, é factível que, ao menos no plano conceitual, tal somente seja possível se a permuta for realizada entre integrantes da mesma carreira.

#### II.V. Da Legalidade Administrativa<sup>15</sup>

53. O apogeu do Estado de Direito, com a correlata necessidade de que todas as estruturas de poder submetam-se à ordem jurídica, exige que todos os atos estatais busquem o seu fundamento de validade em um padrão normativo. Os atos administrativos hão de ser praticados com estrita observância dos pressupostos legais, o que, por óbvio, abrange as regras e princípios que defluem do sistema; a atividade legislativa, por sua vez, somente produzirá comandos normativos válidos caso permaneça harmônica com a Constituição da República; e a atividade jurisdicional, não obstante o livre convencimento do julgador, deve manter-se adstrita às normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo defesa a prolação de decisões dissonantes do sistema jurídico.

<sup>15</sup> Esse item reproduz parte do que sustentamos na 1ª parte da obra *Improbidade Administrativa*. 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 123.

54. Especificamente em relação ao princípio da legalidade, é possível concebê-lo sob uma perspectiva dúplice, vale dizer: a) como uma *relação de compatibilidade* do ato com a lei, resultando na não contrariedade dos preceitos normativos; ou b) como uma *relação de conformidade* do ato com a lei, o que somente legitimaria a atuação estatal em havendo previsão normativa e na medida em que os atos praticados se mantivessem adstritos aos seus limites.

55. Embora não haja dúvidas quanto ao fato de nenhum agente público estar autorizado a praticar atos contrários à lei, o que inclui o dever de agir ou de abster-se sempre que esta última o determinar, o mesmo não pode ser dito das situações em que inexistir previsão legal. Nesse caso, estará o agente legitimado a agir da forma que melhor lhe aprouver para a consecução do interesse público? Atualmente, o princípio da legalidade é concebido em uma perspectiva distinta da de outrora, época em que a atividade estatal não tinha como pressuposto a previsão normativa, mas, unicamente, a ausência de limitação normativa.

56. Com o evoluir da doutrina publicista e a contínua reflexão sobre o papel desempenhado pelo Estado, a lei deixou de ser, apenas, um fator de limitação da atividade estatal, passando a assumir a posição de seu substrato legitimador, o que interdita a prática de atos contrários ou fora dos limites da lei e torna cogente a obrigação de agir de acordo com a lei, conforme a conhecida fórmula de Stassinopoulos.<sup>16</sup>

57. Como consectário lógico da organização política da República Federativa do Brasil, o princípio da legalidade encontra previsão expressa no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, sendo de observância cogente por parte da Administração Pública. O tratamento dispensado pelo sistema constitucional<sup>17</sup> ao referido princípio denota claramente que, regra geral, deve existir uma *relação de conformidade* entre os atos administrativos e a lei. A atividade estatal deve adequar-se ao princípio da legalidade em uma dupla vertente: pressupõe a antecedência da lei e deve ser conforme a ela sob os prismas formal e material.

58. A subordinação da atividade administrativa à lei é concebida em um sentido negativo, sendo o princípio da legalidade o limite a que estará sujeita a Administração, contendo sua atuação, e, em um sentido positivo, somente podendo a Administração fazer o que por lei seja consentido<sup>18</sup>. Nesse último sentido, constata-se a *relação de conformidade* que deve existir entre o ato e a lei.

59. Percebe-se que a *conformidade* contém em si a *compatibilidade*, pois o ato conforme a lei será necessariamente compatível com ela. Acresça-se que, no sistema da conformidade, a Administração somente pode atuar após a intervenção do legislador, enquanto que, no sistema da compatibilidade, a atuação é admissível independentemente da existência de expressa disciplina legal, o que resulta em maior restrição no primeiro sistema e em ampla liberdade no segundo.

<sup>16</sup> *Traité des Actes Administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1973, p. 19, 68 e 106.

<sup>17</sup> Na Constituição da República, também são manifestações expressas do princípio da legalidade os arts. 5º, II (geral) e XXXIX (matéria penal), 84, IV (adstrição do Executivo à lei) e 150, I (matéria tributária).

<sup>18</sup> Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 9.

60. Essa relação de conformidade do ato com a lei somente não será exigível nas hipóteses em que a norma assim o dispuser. É o que ocorre com os regulamentos, que têm o seu limite estabelecido pela lei e devem manter uma relação de adequação com ela, mas podem dispor sobre tudo aquilo que não infrinja o princípio da reserva de lei e não contrarie os termos da norma cuja execução visam a disciplinar. Tem-se, com isso, uma nítida relação de compatibilidade em relação às disposições que não se limitem a repetir o conteúdo da lei. No que concerne aos atos cuja disciplina não esteja estritamente prevista em lei (v.g.: atos de guerra, pedagógicos, científicos etc.), apenas a sua execução não precisará manter uma relação de conformidade com a lei, pois seria inconcebível tamanho elastério desta última, mas tal relação deverá ser observada quanto à base legitimadora do ato, que se manifestará na aferição da legalidade dos seus elementos, o mesmo ocorrendo em relação aos atos discricionários.

61. Como desdobramento dessas considerações, conclui-se que o fato de a lei não vedar, *expressamente, a permuta entre membros de Ministérios Públicos diversos, jamais poderia ser visto como aquiescência tácita a esse desiderato.*

### III

62. Ainda que razões humanísticas efetivamente sensibilizem o intérprete, *de lege lata, não há como admitir-se a permuta entre membros de Ministérios Públicos de Estados diferentes.*

63. É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 7 de maio de 2014.

EMERSON GARCIA

Promotor de justiça