



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCESSO Nº: 0.00.000.001254/2009-91

NATUREZA: Procedimento de Controle Administrativo – PCA

REQUERENTE: Luís José de Barros Saes

REQUERIDO: Ministério Público do Estado de São Paulo

RELATORA: Conselheira Sandra Lia Simón

RELATÓRIO

Trata-se de Procedimento de Controle Administrativo apresentado por LUIS JOSÉ DE BARROS SAES, em face de ato administrativo proferido pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que decretou sua demissão, com o consequente reconhecimento de nulidade do Processo Administrativo nº CPP 53/08.

O Requerente alegou, em síntese, que foi ilegalmente demitido pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, afirmando flagrante violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, devido processo legal, publicidade, proporcionalidade e impessoalidade, tendo em vista não ter sofrido qualquer penalidade em mais de 15 (quinze) anos de serviços prestados ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Em caráter liminar, foi requerida a suspensão dos efeitos do ato reclamado, a imediata reintegração ao serviço e o pagamento das verbas já vencidas, tendo sido indeferida, em primeira análise, diante da verificação de possível *periculum in mora* inverso e da ausência da fumaça do bom direito.



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após interposição de recurso interno, com documentos novos e da análise da manifestação do Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, reconsiderarei a decisão de fls. 334/335, e deferi a liminar para determinar o imediato retorno do recorrente às suas funções, com as consequências financeiras daí decorrentes, a partir do retorno, ficando claro que a decisão não implicaria autorização para o exercício concomitante da advocacia, que, como já referido, é incompatível com as funções do cargo no âmbito do Ministério Público.

Instado a se manifestar, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do Ofício nº 3195/09-JUR (fls. 379-700), prestou informações com cópia do processo administrativo disciplinar e vasta documentação em anexo.

É o relatório.

VOTO

A questão versada nos presentes autos cinge-se à decretação da nulidade do Processo Administrativo CPP/MP nº 21/2008 que resultou na demissão do requerente, por ter-se dedicado, cumulativamente, ao exercício de sua função pública – no cargo de Oficial de Promotoria – e à advocacia.

Antes de analisar o mérito, cumpre consignar que o pedido constante da exordial é a anulação do Processo Administrativo Disciplinar instaurado em vista de suposta ilegalidade.



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Inicialmente, verifico que o entendimento mais recente deste Conselho Nacional do Ministério Público é no sentido de admitir, em sede de Procedimento de Controle Administrativo, o exame da regularidade do PAD, que resultou na pena de demissão, imposta a servidor público, de acordo o Processo CNMP 0.00.000.000486/2009-22, de Relatoria da Conselheira Taís Ferraz, julgado na 2ª Sessão Extraordinária, de 23.03.2010, por maioria de votos, nos seguintes termos:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE PROMOTORIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. POSSIBILIDADE DE CONTROLE ADMINISTRATIVO PELO CNMP. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. PENA DE DEMISSÃO. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1.O Conselho Nacional do Ministério Público tem competência para exercer o controle administrativo de atos praticados no âmbito de processo disciplinar instaurado contra servidor. A disposição do inciso IV, do § 2º, do art. 130-A, da Constituição, relativa à revisão de processo disciplinar instaurado em face de membro, não condiciona nem restringe a competência definida no inciso II do mesmo parágrafo, ao CNMP, de zelar pela observância do art. 37 da Carta e de apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público nacional.



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.A natureza da falta e as circunstâncias em que foi tida por caracterizada indicam a desproporcionalidade e da carência de razoabilidade da pena de demissão imposta ao servidor, inclusive diante de situações equivalentes, punidas de forma menos gravosa pela mesma Administração.

3.Procedimento de Controle Administrativo conhecido e parcialmente provido, para decretar a anulação da pena de demissão imposta ao servidor, restituindo-se à autoridade administrativa a competência para fixação de nova sanção, observado os limites definidos na presente decisão.

A Competência do CNMP, estabelecida no art. 130-A, da Constituição, inclui a apreciação, de ofício ou por provocação, da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo este Conselho desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

No caso dos autos, igualmente como ocorreu no acórdão paradigma supracitado, a decisão que culminou na demissão do servidor é desproporcional aos fatos apurados naquele processo administrativo, o que justifica a possibilidade de controle e revisão, por este Conselho Nacional. Aliás, o fundamento para a aplicação de pena de demissão do servidor, **é exatamente o mesmo utilizado nos autos do processo paradigma** (CNMP 0.00.000.000486/2009-22), qual seja: *o uso de equipamento do serviço para fins estranhos e alheios ao interesse público e exercício da advocacia concomitante ao da função pública: procedimento irregular de natureza grave à vista dos princípios da moralidade, impessoalidade e imparcialidade e dos deveres e proibições funcionais e, ainda, descumprimento de decisão administrativa de caráter geral da Procuradoria-Geral de Justiça que também caracteriza insubordinação grave, condutores, respectivamente, de demissão*
CNMP 0.00.000.001254/2009-91



CNMP Fls. _____ _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

(arts. 241, II e XIII, 242, III, V e VIII, 243, IV, 251, IV, e 256, II, da Lei Estadual n. 10.261/68) e demissão a bem do serviço público por violação ao dever funcional de cumprimento de ordem superior (consistente tanto na violação à Resolução n. 27/08 do Conselho Nacional do Ministério Público e no desafio à ordem superior proibitiva contida em decisão geral e normativa da Procuradoria-Geral de Justiça) que expressamente proibia aos seus servidores o exercício da advocacia (arts. 241,II, 251, V, e 257, IV, Lei Estadual n. 10.261/68) (fls.).

De fato, a Resolução CNMP nº 27, de 10 de março de 2008, em seus artigos 1º e 2º, veda o exercício da advocacia aos servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público dos Estados e da União; ficando, porém, resguardados os atos processuais já praticados, vedando-se, entretanto, a continuidade do exercício da advocacia, mesmo àqueles que já venham exercendo essa atividade até a data da publicação desta Resolução, observado o impedimento fixado no art. 30, I, da Lei n. 8.906/94.

No Ministério Público do Estado de São Paulo, desde 2001, o então Procurador-Geral de Justiça, em decisão administrativa (fls. 383), reconheceu a incompatibilidade absoluta entre as funções exercidas pelos servidores do Ministério Público e as funções de advogado. Da decisão, determinou-se que fossem cientificados os servidores do quadro.

Apenas em 17 de novembro de 2008, o Requerente teve contra si instaurado, pela Diretoria Geral, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, processo administrativo disciplinar, para apuração de eventual descumprimento de dever funcional, já que teria adotado conduta proibida pela lei e incompatível com o andamento das atividades funcionais, ao cuidar de assuntos particulares durante o expediente, com suspeita de exercer atos de advocacia.

CNMP 0.00.000.001254/2009-91



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Instruído o processo, concluiu a comissão processante pela pena de demissão, do art. 251, IV, c/c o art. 256, II, ambos da Lei Estadual 10.261/68, por haver descumprido os deveres funcionais preconizados no art. 241, II e XIII, bem como realizado a proibição contida na Resolução nº 27/2008 do CNMP, além da pena de demissão a bem do serviço público, a teor do art. 251, inciso V, c.c. o art. 257, inciso IV (insubordinação grave), todos da Lei Estadual 10.261/68 (fl 647), enquadrando o requerente nas seguintes disposições:

Art. 241, II – descumprimento do dever de cumprir as ordens superiores, representando quando forem manifestamente ilegais;

Art. 241, XIII – deixar de estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções

Art. 242, III – entreter-se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço;

Art. 242, V – tratar de interesses particulares na repartição;

Art. 242, VIII – empregar material do serviço público em serviço particular;

Art. 243, IV – exercer mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado.



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Chama a atenção o fato de que as condutas que configurariam as faltas que levaram à demissão do requerente absorvem-se, sendo umas necessárias para a caracterização de outras, o que não permite que se conclua pela ocorrência individualmente de cada uma delas enquanto faltas funcionais.

Ainda que demonstrado que o Requerente de fato vinha exercendo atividade advocatícia, e ainda que tal atividade seja incompatível com a função pública que exerce, certo é que sua conduta não foi cotejada, individualmente, sequer mediante imputação concreta, com a grande parte das normas legais em que foi enquadrada. Especialmente quanto às faltas de deixar de estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções(art. 241, XIII); entreter-se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço (art. 242, III), não há indicação de fatos concretos, registros específicos. Inobstante, a conclusão da Comissão Processante foi de que as faltas funcionais se caracterizaram.

No que tange ao enquadramento no art. 243, IV (exercer mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tenham relações com o Governo, em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço em que esteja lotado), desconecta-se até da mais genérica imputação. Em nenhum momento o requerente foi acusado de exercer emprego ou função em empresa, estabelecimento ou instituição em matéria que se relacione com a finalidade da repartição ou serviço.

A caracterização de insubordinação grave, na qual se apóia mais fortemente a autoridade administrativa e que, ao que se colhe do contexto, decorreria do descumprimento, pelo requerente, de uma decisão administrativa do Procurador CNMP 0.00.000.001254/2009-91



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Geral de Justiça, emitida em 2001 e ratificada em 2002, em processos relacionados a outros servidores, demandaria, no mínimo, a comprovação de que foi notificado pessoalmente.

O que se identifica nos autos é que tal decisão foi dada a conhecer aos coordenadores, com solicitação de ciência aos servidores. Ainda que se possa imaginar que o requerente tenha tomado conhecimento, não se tem a prova concreta de sua ciência, para fins de dar-se por caracterizada tão grave falta funcional, a implicar em demissão a bem do serviço público. É possível que soubesse da interpretação, assim como sabia que decisões judiciais vinham sendo proferidas autorizando o exercício cumulativo de suas funções com as da advocacia, em diversos outros casos. E a própria OAB, como se colhe dos autos, defendia a possibilidade do exercício simultâneo das funções de advocacia e de oficial de promotoria.

Merece registro que em decisões mais recentes, trazidas aos autos pelo Requerente (fls. 705/724), a Procuradoria-Geral de Justiça, em situações de exercício de advocacia por servidores que detêm a mesma função, aplicou penas de menor gravidade. A despeito da possibilidade de alguma gradação, dentro dos lindes legais, para fins de aplicação de sanção mais branda ou mais grave, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não há como afastar-se a desproporcionalidade da pena de demissão, no caso, diante da ausência de outras circunstâncias justificadoras de tamanha punição, em especial a primariedade do agente.

Ademais, o requerente não possuía, nos seus assentamentos funcionais, perante a instituição, nenhuma anotação decorrente de imposição disciplinar ou sanção administrativa, conforme certidão de fls. 491.



CNMP Fls. _____ _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Nesse contexto, destaco novamente trechos utilizados no voto da Conselheira Taís Schilling Ferraz, nos autos do Processo CNMP nº 0.00.000.000486/2009-22:

Assim, mesmo tendo sido comprovado o exercício da advocacia, o enquadramento legal atribuído à falta e as conseqüências que foram a ela aplicadas distanciam-se da razoabilidade e da proporcionalidade, não guardando equilíbrio com as circunstâncias de fato que cercaram sua conduta.

No tocante ao princípio da proporcionalidade e à sua aplicação no âmbito do direito administrativo, cabe transcrever os ensinamentos do professor Agustín Gordillo, citado por Luís Roberto Barroso:

*A decisão 'discrecionária' do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar." (grifei) (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Editora Saraiva: 2003, 5ª ed., pg. 231/232).*



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando os meios utilizados para atingir o objetivo repressivo da sanção disciplinar são exorbitantes, superam também a razoabilidade, porquanto medidas excessivas em confronto com a finalidade da pena disciplinar.

(...).

No tocante à competência deste Conselho para o controle dos atos administrativos praticados por órgãos do Ministério Público, estabelece o inciso II do artigo 111 do RICNMP que 'não elididas as razões do pedido, o Plenário determinará a desconstituição ou a revisão do respectivo ato administrativo'.

Com efeito, do cotejo entre antecedentes e ilícitos administrativos praticados, há que se afastar a sanção imposta para que, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, seja-lhe aplicada penalidade mais branda, sob pena, ainda, de violação ao princípio da impessoalidade dada a demonstração de que a outros servidores foi dispensado tratamento diverso, frente à mesma falta funcional. (Grifos não contidos no original)

Sopesadas tais circunstâncias, concluo por decretar a anulação do ato que a ele impôs a pena de demissão, restituindo-se ao Procurador-Geral de Justiça a possibilidade de proferir nova decisão, nos limites aqui estabelecidos, do que resulta a impossibilidade de ser aplicada pena de demissão aos fatos objeto de apuração.

Por consequência, fica assegurada a reintegração do requerente ao serviço público, com o pagamento dos valores, assegurando-se, ainda, as vantagens



CNMP
Fls. _____

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

correspondentes ao período de afastamento, nos termos dos artigos 30 e 31 da Lei Estadual n. 10.261/68.

Registro que o pretendido retorno à unidade em que o requerente exercia as suas funções, não procede, sendo lícito à Administração, observadas as atribuições do cargo, decidir pela lotação na unidade que melhor atenda ao interesse público.

Assim, conheço do presente Procedimento de Controle Administrativo, para julgá-lo parcialmente procedente a fim de anular a decisão do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos termos da fundamentação.

Determino, ainda, para que seja expedido ofício ao Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil para as providências decorrentes da impossibilidade de exercício concomitante da advocacia com as funções de oficial de promotoria, pelo Sr. Luís José de Barros Saes, encaminhando-se, para tanto, cópia da presente decisão.

É como voto.

Brasília, 11 de maio de 2010.

Conselheira SANDRA LIA SIMÓN
Relatora