



NOTA TÉCNICA CNPG N. 16, 02 DE AGOSTO DE 2018.

Tema: *Proposição CNMP n.º 1.00448/2018-14*

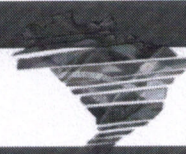
Ementa: *Nota Técnica sobre a proposta de Resolução que faculta a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, pelos órgãos correicionais, no âmbito do Ministério Público brasileiro.*

O CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPG), em cumprimento ao objetivo estatutário de defender os princípios e interesses institucionais do Ministério Público, expede a presente Nota Técnica, aprovada na Sessão Plenária realizada em 28.06.2018, acerca do conteúdo da **Proposição que tramita perante o Conselho Nacional do Ministério Público sob o n.º 1.00448/2018-14**, tendente a dispor sobre a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, pelos órgãos correicionais, no âmbito do Ministério Público brasileiro.

INTRODUÇÃO.

1. O Conselho Nacional do Ministério Público, por iniciativa do Conselheiro Valter Shuenquener de Araújo, deflagrou procedimento para examinar a conveniência da edição de Resolução tendente a dispor sobre a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, pelos órgãos correicionais, no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A proposta de Resolução foi encaminhada para apreciação deste Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG.



FUNDAMENTAÇÃO.

2. Reconhecidamente, a instituição de sistemas e procedimentos de composição consensual de interesses constitui tendência em nosso ordenamento jurídico, firmando-se normativamente como alternativa célere e eficiente à judicialização das pretensões.

3. Nada obstante, considerando as especiais peculiaridades institucionais do Ministério Público, a celebração de Ajustamento de Conduta no âmbito da persecução de infrações disciplinares imputadas aos respectivos membros exige especial prudência.

4. A utilização indiscriminada do instituto importaria desconsiderar que os valores encerrados nos peculiares deveres funcionais dos agentes Ministeriais exigem proteção interna mais atenta e criteriosa, alcançada inclusive com a carga didática insita ao formal procedimento disciplinar.

5. De igual modo, utilizada sem maior critério, a celebração de ajustamento de conduta em sede disciplinar também desatenderia as razões de ordem pública subjacentes à persecução das infrações cometidas por integrantes da Instituição, onde avulta a importância da transparente apuração e aplicação das penalidades.

6. Conforme se extrai da *justificação* que acompanhou a iniciativa da Proposição, a adoção do compromisso de ajustamento de conduta constituiria solução para a ausência de efetividade na aplicação das penalidades de advertência, censura e suspensão até 30 (trinta) dias, assim por força da ocorrência de prescrição ou de não advirem consequências práticas e concretas na aplicação da advertência, bem como, ainda, para a redução do elevado custo financeiro da tramitação dos procedimentos disciplinares.

O argumento atinente ao custo financeiro da tramitação do processo administrativo disciplinar, entretanto, não pode ser tido como relevante se considerados os benefícios institucionais internos decorrentes da efetiva e transparente apuração de infrações disciplinares no âmbito de Instituição que tem por responsabilidade precípua a persecução de ilícitos.



Tampouco pode ser invocada como fundamento, em se tratando da Instituição Ministério Público, a ausência de efetividade concreta resultante da ocorrência de prescrição ou da suposta ausência de consequências práticas da aplicação da pena de advertência aos agentes infratores.

Constitui contrassenso reconhecer normativamente que a Instituição, cujas funções contemplam a promoção da persecução de ilícitos da mais distinta ordem, não detém condições materiais de levar a termo apuração tempestiva e eficaz da prática de faltas funcionais de seus integrantes.

Em sentido diametralmente oposto, parece essencial ao Ministério Público que os procedimentos internos de apuração da prática de infrações disciplinares, diversamente do exigido de todas as demais Instituições, sejam ordinariamente realizados de modo absolutamente transparente, mediante o rigoroso e exaustivo cumprimento do procedimento legalmente instituído.

7. Nessa ordem, no âmbito da Instituição Ministério Público, tem-se que a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta para abreviação do rito procedimental de persecução das infrações disciplinares dos respectivos membros, a partir de um mero juízo prospectivo, deve ser sempre realizada com especial moderação.

8. Assentada ressalva atinente à necessária cautela na utilização do instituto, a Proposição está a exigir aperfeiçoamento dos respectivos termos no tocante a referenciais que toma como premissa para outorga da faculdade de celebração de ajustamentos de conduta em sede do direito administrativo disciplinar.

9. A primeira ressalva que se impõe ao texto da Proposição diz com a amplitude da definição de “infração disciplinar de menor potencial ofensivo” constante do parágrafo único do artigo 1º da proposta de Resolução.



Tem-se que a proposição avança demasiado ao enquadrar como de menor potencial ofensivo, a par das infrações para as quais é fixada a pena de advertência, também aquelas puníveis com “censura e suspensão de até 30 (trinta) dias ou com penalidade similar”.

Para tal enquadramento, não serve o fundamento de que aquelas cominadas com tais sanções constituem infrações passíveis de apuração mediante “sindicância acusatória” na Lei n.º 8.112/1990. Referido diploma legislativo, além de não contemplar a pena de censura dentre as sanções que estabelece, dispõe apenas sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, enquanto as relações funcionais de membros do Ministério Público são regradas por legislação própria editada no âmbito da respectiva competência constitucional.

Relativamente à pena de censura, releva salientar que a Lei Complementar n.º 75/1993 reserva tal espécie sancionadora para hipótese de “reincidência em falta anteriormente punida com advertência ou de descumprimento de dever legal”, enquanto a pena de suspensão até quarenta e cinco dias é aplicada “em caso de reincidência em falta anteriormente punida com censura”, conforme estabelecem os incisos II e III do seu artigo 240.

Resulta evidente, pois, que as penalidades de censura e suspensão até trinta dias são aplicadas em caso de reiteração na prática de faltas disciplinares, circunstância que - sempre considerando a especial natureza do vínculo e dos deveres subjacentes à condição de agente político dos membros do Ministério Público - não deixa qualquer margem axiológica para a respectiva qualificação como de “menor potencial ofensivo” ao bem jurídico tutelado pelo tipo sancionador disciplinar.

Admitindo-se a possibilidade de celebração de ajustamento de conduta e imposição de sanção disciplinar em procedimento abreviado, tal permissivo somente seria sustentável em se tratando de infrações às quais é cominada a penalidade de advertência.

Nesse sentido, registra-se que a Instrução Normativa n.º 02/2017 da Controladoria-Geral da União, que disciplina a celebração de TAC no âmbito do Poder Executivo Federal,



considera como infração disciplinar de menor potencial ofensivo somente as condutas puníveis com advertência ou com penalidade similar.

No mesmo sentido, exemplificativamente, a Portaria n.º 839/2016 do Ministério da Justiça e Cidadania, que institui o TAC no âmbito do Departamento Penitenciário Nacional.

10. Também causa espécie a permissão constante do inciso III do artigo 4º do texto da Proposição, facultando a celebração de TAC quando a falta disciplinar também constituir crime com pena máxima inferior a 2 (dois) anos.

A ilicitude penal é sabidamente mais concentrada em requisitos do que a ilicitude administrativa e, portanto, nessa medida, distingue o fato ilícito administrativo disciplinar de tal modo que, em sendo também considerado crime, seja qual for a pena cominada, por razões de proteção interna, não pode ser considerado “de menor potencial ofensivo”.

Tipificada igualmente como ilícito penalmente relevante, a infração já restou previamente qualificada pelo legislador como ilicitude grave, descabendo ao órgão de controle externo relativizar tal aferição valorativa.

Constitui impropriedade invocar para tal relativização a regra fixada pelo artigo 61 da Lei n.º 9.099/1990, pois tal importa em ignorar a diferença ontológica existente entre os deveres do agente particular e do agente público, circunstância determinante para a maior proteção legal ao bem jurídico tutelado pela norma disciplinar administrativa.

Conforme ressalta a doutrina de MEDINA OSÓRIO¹, “um determinado bem jurídico pode necessitar de proteção interna mais severa e rigorosa do que a proteção externa (da ordem pública), de tal sorte que a sanção administrativa não há de guardar rigorosa proporcionalidade com a sanção penal, ainda que aparentemente seja um mesmo bem jurídico objeto da dupla proteção normativa”.

¹ *Direito Administrativo Sancionador*, SP, RT, 2000, p. 126.



11. Doutra parte, considerando a diversidade de legislações específicas dos diversos ramos e unidades do Ministério Público e, portanto, a possibilidade de disposições distintas quanto à competência para imposição de sancionamento administrativo disciplinar, urge ressaltar, expressamente, na redação do parágrafo único do artigo 3º da Proposta de Resolução, que a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta deve necessariamente realizada por autoridade distinta daquela que o celebrou, sob pena de eventualmente confundirem-se as competências para a iniciativa da proposição e a respectiva chancela.

12. Noutro tópico, verifica-se contradição lógica entre as disposições do inciso III do artigo 4º e do seu § 2º, assim quando estabelecem, respectivamente, que é vedada a celebração de TAC na “hipótese de improbidade administrativa” e, doutra parte, que “no caso de haver indício de improbidade administrativa a transação dependerá do ressarcimento integral ao erário, se for o caso, e da aplicação de uma ou algumas sanções previstas no regime jurídico do agente público, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Se o entendimento do órgão de correição é no sentido de que a infração disciplinar constitui também ato de improbidade administrativa, caracterizando ilicitude mais grave e concentrada no tocante aos requisitos para a respectiva configuração, a Proposta de Resolução veda a tomada de compromisso de ajustamento de conduta. Diversamente, havendo o que denomina “indício de improbidade administrativa” (circunstância de aferição sobradamente subjetiva, cabe destacar), o órgão de correição pode celebrar Termo de Ajustamento de Conduta, desde que acordada a aplicação de “uma ou algumas das sanções previstas no regime jurídico do agente público”, prescindindo justamente do pleno esgotamento da sede procedimental onde a plena caracterização do ilícito mais concentrado poderia ser elucidada.

Merece registro, no sentido acima preconizado, que a Instrução Normativa n.º 02/2017 da Controladoria-Geral da União, que disciplina a celebração de termo de ajustamento de conduta no âmbito do Poder Executivo Federal, estabelece em seu artigo 4º que não poderá ser celebrado TAC nas hipóteses em que haja *indício* de prejuízo ao erário em valor superior ao limite de licitação dispensável, de circunstância que justifique a majoração da penalidade, de crime ou de improbidade administrativa.



Ademais, a redação do referido § 2º padece de falta de clareza ao estabelecer que, havendo “indício de improbidade administrativa”, a transação dependerá “da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no regime jurídico do agente público”. Considerando que a aplicação de “uma ou algumas das sanções previstas” para a falta disciplinar constitui consectário natural do ajustamento de conduta, salvo hipótese de “concessão do perdão” instituído no § 2º do artigo 6º do texto da Proposição, a previsão ou se afigura dispensável ou diz com o este último dispositivo e, portanto, encontra-se textualmente deslocada.

13. Relativamente ao permissivo contemplado no § 2º do artigo 6º da proposta normativa, impressiona negativamente que a “concessão de perdão ou a redução do quantitativo da penalidade disciplinar a ser aplicada ou sua substituição” possa resultar de colaboração da qual advenha apenas e tão somente, por exemplo, a “identificação dos demais agentes e/ou servidores que tenham praticado a infração disciplinar sob apuração”, quando o procedimento administrativo disciplinar – abreviado com a celebração do TAC – serviria justamente para esclarecer situações de coautoria.

Nessa ordem, é devida a supressão do mencionado § 2º e seus incisos ou, em um esforço desmedido de preservação da regra, a substituição da redação “um ou mais dos seguintes resultados” por “os seguintes resultados”, hipótese em que a exigência cumulativa dos requisitos, no caso de caracterizadas as situações dos incisos, alcançaria toda a potencialidade de objeto do procedimento não exaurido.

14. Igualmente encerra norma questionável o § 2º do artigo 9º do texto da Proposta examinada, assim quando estabelece, inclusive com demasiada abertura subjetiva (“quando for o caso”), a possibilidade de substituição das sanções disciplinares por penas pecuniárias, sem qualquer condicionamento ao interesse do serviço público e à margem de cogitar da existência de previsão normativa diversa nas legislações específicas de regência, desconsiderando também que as sucessivas relativizações dos sancionamentos administrativos legalmente estipulados para as infrações funcionais (estabelecidos em normas resultantes de regular processo legislativo, cabe frisar) se prestam para a desvalorização do juízo negativo subjacente ao reconhecimento da



respectiva prática, especialmente quando se está a tratar de ilícitos praticados por agentes políticos.

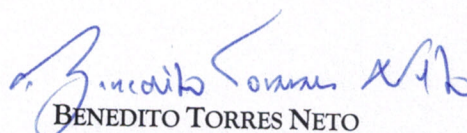
Em assim sendo, a supressão do dispositivo em questão é a única providência bastante para preservar a relevância da persecução administrativa disciplinar no âmbito da Instituição.

15. Derradeiramente, enquanto constitui premissa conformadora do poder normativo do Conselho Nacional, cumpre ressaltar que as disposições legislativas vigentes nos Estados não podem ser revogadas ou derogadas por normas editadas pelo Órgão de Controle Externo do Ministério Público, sempre subsistindo na hipótese de eventual contraste com os termos de Resolução.

CONCLUSÃO.

16. Feitas essas considerações, a presente Nota Técnica expressa o entendimento deste Conselho Nacional de Procuradores Gerais - CNPG no sentido de que as especiais peculiaridades institucionais do Ministério Público recomendam especial cautela na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da persecução de infrações disciplinares imputadas aos membros do Ministério Público, bem como, ainda, de que é necessário o aperfeiçoamento da Proposição para: (a) limitar o permissivo somente às hipóteses de falta disciplinar para a qual cominada a pena de advertência, quando não haja sequer indícios de que o fato constitua crime ou ato de improbidade administrativa, alterando-se, para tanto, a redação do parágrafo único do artigo 1º e dos incisos I e III do artigo 4º; (b) ressaltar expressamente, na redação do parágrafo único do artigo 3º, que a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta deve ser realizada por autoridade distinta daquela que o celebrou; (c) suprimir o § 2º do artigo 6º e do § 2º do artigo 9º do texto da proposta normativa.

Goiânia-GO, 02.08.2018



BENEDITO TORRES NETO
Procurador-Geral de Justiça de Goiás
Presidente do CNPG