

PARECERES

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. Flagrante dissonância da ordem constitucional e infraconstitucional. Carência de imperatividade.

Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça

Processo MPRJ nº 2014. 00503054.

Origem: Centro Operacional das Promotorias Eleitorais.

Ref.: minuta de portaria encaminhada pela Procuradoria Regional Eleitoral no Rio de Janeiro.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de expediente instaurado a partir de provocação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais, em que encaminha 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.

2. A minuta de portaria tem o seguinte teor, *verbis*:

O Procurador Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, no exercício das atribuições previstas no artigo 77, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 75/93, e nos artigos 24, VIII, e 27, § 3º, ambos do Código Eleitoral,

CONSIDERANDO que compete aos Procuradores Regionais Eleitorais expedirem instruções aos órgãos do Ministério Público Eleitoral que oficiem perante os Juízes Eleitorais e os Juízes Eleitorais Auxiliares dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 24, VIII, c/c 27, §3º, do Código Eleitoral, c/c art. 77 da LC nº 75/93);

CONSIDERANDO que, de acordo com o art. 77 da LC 75/93, compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, além de dirigir, no Estado, as atividades do setor;

CONSIDERANDO as Resoluções TSE 23.396/2013 (dispõe sobre a apuração dos crimes eleitorais), 23.398/2013 (dispõe sobre representações, reclamações e pedido de direito de resposta previsto na Lei 9.504/97), 23.404/2014 (dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas) e 23.405/2014 (dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos);

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público Eleitoral, em geral, zelar pelo fiel cumprimento da Constituição e das leis eleitorais;

CONSIDERANDO que as eleições de 2014 são gerais, implicando na competência originária do Tribunal Regional Eleitoral para o conhecimento das controvérsias eleitorais, excetuadas as relativas à disputa presidencial;

CONSIDERANDO que os Promotores Eleitorais, por estarem lotados nas Zonas Eleitorais, possuem maior contato com a população estadual, bem como com os acontecimentos locais, o que é essencial para a investigação de ilícitos eleitorais ocorridos no estado;

CONSIDERANDO os prazos exíguos para propositura de representações eleitorais pelas Procuradorias Regionais Eleitorais, bem como a necessidade de fiscalizar a campanha em todo o território do estado.

RESOLVE:

Art. 1º - Todos os Promotores Eleitorais deverão atuar no processo eleitoral no ano de 2014, notadamente na fiscalização da propaganda eleitoral e demais infrações eleitorais.

§1º. As investidas em função eleitoral não ocorrerão em prazo inferior a noventa dias da data do pleito eleitoral e não cessarão em prazo inferior a noventa dias após a eleição (Resolução CNMP nº 30/2008, art. 5º, caput);

§2º. No período de noventa dias que antecedem o pleito até quinze dias após a diplomação dos eleitos fica vedada

a fruição de férias ou licença voluntária dos promotores Eleitorais (Resolução CNMP nº 30/2008, art. 5º, §2º);

§3º. Em situações excepcionais que levem à ausência temporária da Zona Eleitoral do Promotor Eleitoral Titular, desde que com anuência do seu substituto, o Procurador Regional Eleitoral será comunicado, a fim de avaliar a conveniência de autorizar o afastamento, observada a necessidade de serviço.

Art. 2º - Caberá aos Promotores Eleitorais:

I - Atender os cidadãos e fornecer-lhes as orientações pertinentes;

II - Na data do pleito, atuar na fiscalização dos trabalhos de votação em todas as seções de votação contidas na Zona Eleitoral em que são lotados;

III - Fiscalizar na respectiva Zona Eleitoral o cumprimento da legislação eleitoral e comunicar imediatamente ao Procurador Regional Eleitoral, a quem cabe a análise da medida Judicial cabível, as notícias ou representações de ilicitudes eleitorais recebidas em sua área de atuação ou instauradas de ofício, relativas a:

1. Abuso de poder econômico ou político;
2. Condutas vedadas aos agentes públicos;
3. Captação ilícita de sufrágio;
4. Captação ou uso ilícito de recursos;
5. Propaganda irregular, antecipada ou criminosa;
6. Demais irregularidades eleitorais.

IV - Independentemente da imediata comunicação à Procuradoria Regional Eleitoral, proceder à colheita das provas de autoria e materialidade dos ilícitos eleitorais, sempre que as notícias ou representações arroladas no inciso anterior não vierem instruídas com os elementos necessários para a adoção da medida Judicial cabível por parte do Procurador Regional Eleitoral, remetendo os elementos probatórios colhidos à Procuradoria Regional Eleitoral no menor prazo possível;

V - Intimar, desde logo, nos casos relativos à propaganda irregular, os candidatos beneficiados para que retirem a propaganda ou providenciem sua regularização, nos termos

do parágrafo único do art. 40-B da Lei nº 9.504/97, remetendo-se, posteriormente, comunicação à Procuradoria Regional Eleitoral com a indicação e comprovação da irregularidade, bem como com o resultado da intimação efetuada;

VI - Excepcionalmente, nos casos em que a propaganda acarretar riscos à segurança pública ou embaraços ao tráfego de pedestres ou veículos em locais movimentados, oficialiar ao juiz eleitoral para que, nos termos do art. 42 da Resolução TSE nº 23.398/2013, exerça seu poder de polícia e retire as propagandas irregulares;

VII - Em caso de condutas passíveis de sanção, cientificar a Procuradoria Regional Eleitoral para as providências cabíveis, à luz do art. 42, §2º da Resolução TSE nº 23.398/2013;

VIII - Quando oficiado pela Procuradoria Regional Eleitoral, diligenciar conforme o requerido, podendo colher outras provas que julgar pertinentes para a instrução da investigação;

IX - Informar à Procuradoria Regional Eleitoral, em prazo útil, considerado o estabelecido pelo art. 3º, *caput*, da Lei Complementar nº 64/90, através de *e-mail* ou *fac-símile*, causas de inelegibilidade ou ausência de condições de elegibilidade de candidato de sua área de atuação que sejam de seu conhecimento, para fins da proposição da Ação de Impugnação do Pedido de Registro de Candidatura.

Art. 3º - Instituir regime de sobreaviso nas Promotorias Eleitorais, a partir de 5 de julho até 16 de novembro de 2014, em razão da peremptoriedade e continuidade dos prazos, que não se suspendem aos sábados, domingos e feriados (art. 16, da LC 64/90 e art. 94, da Lei 9.504/97).

Parágrafo único - O plantão seguirá o horário de funcionamento do Tribunal Regional Eleitoral, de 11h às 19h, iniciando-se na sexta-feira, às 19h e encerrando-se às 11h da segunda-feira. Quando se tratar de plantão em feriado, iniciar-se-á na véspera às 19h, encerrando-se às 11h do dia útil subsequente.

Art. 4º - Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação.

Dê-se ciência aos Promotores Eleitorais, por meio do 5º CAO.

3. Os autos foram encaminhados a esta Consultoria Jurídica para a análise da minuta de portaria que o Exmo. Sr. Procurador Regional Eleitoral entende ter atribuição para editar.

II

4. A análise a ser realizada, como não poderia deixar de ser, deve perquirir a juridicidade formal e material da minuta de ato normativo anteriormente mencionada, o que significa aferir a atribuição do Exmo. Sr. Procurador Regional Eleitoral para editá-lo, a adequação da forma utilizada e a compatibilidade das normas veiculadas com a nossa ordem jurídica.

II.I O Ministério Público no Estado Federal

5. A Constituição de 1988, em seu art. 128, considerou que o Ministério Público abrange o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados, divisão que acompanha a forma de Estado adotada em *terra brasilis*.¹ Nesse particular, as estruturas territoriais de poder têm sido divididas em unitárias e compostas, conforme haja, ou não, uma unicidade da vontade política.

6. 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, no entanto, como anotam Delpérée e Verdussen², 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 suas preocupações particulares. 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 comando³. 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.

7. 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 chefiar dois ou mais Estados, sendo esse o objetivo de inúmeros casamentos realizados entre nobres no decorrer da história - nesse modelo, como anota Jacques Cadart⁴,

¹ Para maior desenvolvimento, vide: GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

² DELPÉRÉE, Francis e VERDUSSEN, Marc. *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 48.

³ ARDANT, Philippe. *Institutions Politiques & Droit Constitutionnel*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 32.

⁴ CADART, Jacques. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, vol. 1, 3ª ed. Paris: Economica, 1990, p. 66.

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 parcela de 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 confederação⁵ - 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.

8. 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: “o Estado federal é uma sociedade de iguais.”⁶

9. O Estado brasileiro adotou a forma unitária sob o Império e a federativa sob a República. A Constituição de 1988, no *caput* de 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).

10. 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

⁵ 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.

⁶ DELPÉRÉE, Francis e VERDUSSEN, Marc. *Le Système Fédéral*, in DELPÉRÉE, Francis. *La Belgique Fédérale*. Bruxelles: Bruylant, 1994, p. 50.

"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*).

11. A exemplo dos entes federados, o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos dos Estados são autônomos entre si.

II.II A autonomia do Ministério Público

12. 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.

13. A ideia de soberania indica o poder de estabelecer a normatização a ser seguida 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 vem sendo atenuado com a globalização e o imperativo respeito aos direitos fundamentais do homem, era qualificada como absoluta, originária, perpétua, inalienável, imprescritível e indivisível. 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.

14. 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 autonomias, 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 originário. Como exemplo de autonomia derivada, pode ser mencionada a situação dos órgãos administrativos que, por deliberação do ente federativo, passam a gozar de autonomia.

15. Constantino Mortati,⁷ 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”.

16. 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.

17. Especificamente, em relação ao Ministério Público, a Constituição da República lhe assegurou, de forma expressa, autonomia funcional e administrativa (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 um órgão, sem a influência de qualquer outro, possa editar toda a normatização que deverá seguir. Evitar esse tipo de inconveniente, aliás, é uma das justificativas do sistema dos freios e contrapesos.⁸

18. O Ministério Público, no entanto, não foi alijado do processo legislativo, já que o Procurador-Geral detém a iniciativa legislativa em relação à respectiva lei complementar da Instituição.⁹ Frise-se, ainda, que o próprio exercício das parcelas de autonomia que lhe foram outorgadas exige que o Ministério Público expeça atos normativos com eficácia *interna corporis*, o que está implícito em sua autonomia (*v.g.*: definição dos procedimentos a serem observados pelos órgãos administrativos, da data de pagamento das férias, dos vencimentos, etc.). A própria Lei nº 8.625/1993, em seu art. 23, §§ 2º e 3º, autoriza que as atribuições das Promotorias de Justiça sejam fixadas pelo Colégio de Procuradores, após proposta do Procurador-Geral. É importante observar que essa norma não apresenta qualquer incompatibilidade com o art. 128, § 5º, da Constituição da República, pois somente é delegada à lei complementar a fixação das atribuições do Ministério Público, não de seus órgãos de execução.

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

⁸ 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, 2005, p. 955.

⁹ Sobre a iniciativa exclusiva do Ministério Público em relação às leis que fixem ou aumentem os vencimentos dos seus membros ou de seus serviços auxiliares, o que deriva do art. 127, § 2º, da Constituição da República, vide Fábio Konder Comparato, *Autonomia do Ministério Público: iniciativa do processo legislativo*, *in Justitia 60 anos*, 1999, p. 1120.

19. A autonomia funcional do Ministério Público, prevista no art. 3º da Lei nº 8.625/1993, indica que a Instituição está imune a qualquer influência externa no exercício de sua atividade finalística. Assim, poderá adotar as medidas contempladas no ordenamento jurídico, em face de quaisquer agentes, órgãos ou Instituições, de caráter público ou privado, sempre que tal se fizer necessário.

20. A autonomia administrativa, em linha de princípio, assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal (v.g.: admissão, designação, exoneração, aposentadoria, disponibilidade etc.), à administração, à aquisição de bens etc.¹⁰ Os atos administrativos praticados pela Instituição são autoexecutórios, não estando sujeitos a um juízo de prelibação por parte de qualquer outro órgão ou Poder. Devem obediência, unicamente, aos parâmetros constitucionais e legais que regem a matéria e delimitam o espectro de ação. Com isso, é assegurada maior mobilidade à Instituição, em muito contribuindo para a efetividade de sua própria atividade finalística.

21. Como observou Eurico de Andrade Azevedo,¹¹ “autonomia administrativa de um órgão ou entidade é precisamente sua capacidade efetiva de assumir e conduzir por si mesmo, integralmente, a gestão de seus negócios e interesses, respeitados seus objetivos e observadas as normas legais a que estão subordinados. A autonomia administrativa é, pois, incompatível com toda e qualquer espécie de interferência externa na direção e condução dos assuntos e questões do órgão ou entidade e exclui toda subordinação, hierarquização ou submissão. Ela não é autonomia política, claro, de que gozam apenas as entidades estatais, mas é independência, no sentido rigoroso do termo, no campo que lhe é próprio e já definido por lei”.

22. A Constituição da República, ao mesmo tempo em que consagrou a autonomia administrativa da Instituição, 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 a própria atuação do 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.

¹⁰ O STF já reconheceu a constitucionalidade de preceito de Constituição Estadual - com redação semelhante a do art. 3º, IV, da Lei nº 8.625/93 - que assegurava à Instituição a atribuição de “*adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização*”, o que seria “*corolário inafastável da autonomia administrativa e financeira de que é dotado o Ministério Público*” (Pleno, ADI nº 132/RO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/04/2003, Inf. nº 307).

¹¹ Autonomia administrativa e financeira do Ministério Público, in *Justitia 60 anos*, 1999, p. 1011.

23. Como desdobramento da autonomia administrativa que a Constituição da República lhe outorgou, pode o Ministério Público, por sua Administração Superior, exercer o poder regulamentar sempre que a lei o exigir. A uma administração autônoma está atrelado o poder de regular a rotina administrativa, sendo defeso a qualquer outro órgão, que não aquele que detém a autonomia, editar atos dessa natureza.

II.III Atuação dos membros do Ministério Público Estadual perante a Justiça Eleitoral

24. Segundo o art. 10, IX, h, da Lei nº 8.625/1993, é atribuição do Procurador-Geral designar membros do Ministério Público para officiar perante os Juízes e Juntas Eleitorais ou junto ao Procurador Regional Eleitoral, em havendo solicitação deste último agente. Como se vê, o preceito contempla duas possibilidades distintas para as designações: a) o exercício da função eleitoral perante os órgãos jurisdicionais; b) o auxílio ao Procurador Regional Eleitoral. Nesse último caso, a designação estará sujeita à disponibilidade de pessoal do Ministério Público Estadual, não sendo demais lembrar que por *solicitação* não se deve entender um comando cogente, sendo ela passível de valoração, do que poderá resultar, ou não, o deferimento do que fora postulado. E, ainda, o art. 77, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/1993 prevê a possibilidade de o Procurador-Geral da República “designar, por necessidade do serviço, outros membros do Ministério Público Federal para officiar, sob a coordenação do Procurador Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais”. Essa última solução parece ser mais consentânea com a autonomia do Ministério Público Estadual, pois não cabe aos seus membros a preeminência na prestação de auxílio a um órgão do Ministério Público Federal, mas, sim, aos demais integrantes desta Instituição.

25. O art. 10, IX, g, é complementado pelo art. 73 da Lei nº 8.625/1993, o qual dispõe que o Procurador-Geral da República poderá solicitar ao Chefe do Ministério Público Estadual a designação de agentes para o exercício da função eleitoral junto aos órgãos jurisdicionais, o que não chega a configurar um requisito necessário às designações, pois o Chefe do Ministério Público Estadual tem o dever de velar pelo regular funcionamento da atividade ministerial, ainda que não haja qualquer “solicitação” nesse sentido. Caso haja omissão do Procurador-Geral de Justiça, não realizando as designações necessárias, “o Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie perante o juízo incumbido daqueles serviços” (art. 73, 1º). “Havendo impedimento ou recusa justificável, o Procurador-Geral de Justiça designará o substituto” (art. 73, § 2º). É importante observar que a regra do art. 73, § 1º, da Lei nº 8.625/1993 veicula uma providência excepcional que não pode legitimar conclusões absurdas, como a afirmação de que, substituído o Juiz de Direito no curso do mês (v.g.: em razão de licença médica), o Promotor que junto a ele exerça suas funções deverá ser igualmente substituído pelo agente que officie perante o Juiz substituto. Tal importaria em uma injustificável vinculação das carreiras do Ministério Público e da Magistratura, o que demonstra que o critério ora examinado somente deve ser aplicado em caráter secundário e, além disso, uma vez realizada a designação, permanecerá ela inalterada durante o lapso que fora previamente fixado, ainda que haja alteração dos respectivos Juízes durante ele.

26. O sistema da Lei nº 8.625/1993 assegura a autonomia do Ministério Público Estadual, pois, além de preservar o regular exercício das funções eleitorais, concentra no Procurador-Geral de Justiça o poder de realizar as designações. Curiosamente, a Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), além de conferir ao Procurador-Regional Eleitoral - cargo ocupado por um membro do Ministério Público Federal designado pelo Procurador-Geral da República (art. 76 da LC nº 75/1993) - a atribuição de designar os membros do Ministério Público Estadual que atuarão junto à Justiça Eleitoral, inverteu a regra da Lei nº 8.625/1993. Com efeito, por esse novo sistema, “o Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona” (art. 79, *caput*, da LC nº 75/1993). No caso de inexistência de Promotor que officie junto ao Juízo, bem como nos casos de impedimento ou recusa justificada, “o Chefe do Ministério Público local indicará ao Procurador Regional Eleitoral o substituto a ser designado” (art. 79, parágrafo único, da LC nº 75/1993). Essa norma, a nosso ver, é flagrantemente inconstitucional. Ainda que a legislação infraconstitucional possa outorgar ao Ministério Público Federal o exercício da função eleitoral, pois a Constituição da República nada dispôs a respeito, essa normatização deve restringir-se à disciplina da referida função, sendo inconcebível que, ignorando a autonomia administrativa dos Ministérios Públicos Estaduais (art. 127, § 2º, da CR/1988), confira a um agente estranho aos seus quadros o poder de realizar designações. Além disso, é formalmente inconstitucional, já que o respectivo projeto foi apresentado pelo Procurador-Geral da República, o qual não detém o poder de iniciativa de projetos que disponham sobre a organização e as atribuições do Ministério Público Estadual, máxime quando contrariam o texto expresso da Lei Orgânica Nacional. Em relação à edição de normas gerais, essa iniciativa é privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, I, d, da CR/1988), sendo dos Procuradores-Gerais de Justiça quanto às respectivas leis estaduais (art. 128, § 5º, da CR/1988).

27. O sistema instituído pela Lei Complementar nº 75/1993 já fora utilizado ao tempo da Lei nº 1.341/1951, cujo art. 77, § 1º atribuía ao Procurador Regional Eleitoral o poder de realizar as designações sempre que houvesse mais de um Promotor na Comarca. Com o advento da Lei Complementar nº 40/81, as designações passaram a ser realizadas pelo Procurador-Geral de Justiça, por solicitação do Ministério Público Federal.

28. Inconstitucionalidade à parte, há quem procure sustentar que o sistema da Lei Complementar nº 75/1993 é correto por assegurar a “autonomia” do Ministério Público Eleitoral, do qual são integrantes os Promotores de Justiça. Ora, como é possível assegurar a autonomia de uma Instituição que não existe, quer no plano constitucional, quer no infraconstitucional, já que a Lei Complementar nº 75/1993 a ela se refere como “função”? E, o pior, como prestigiar a autonomia de uma função (!) em detrimento da autonomia de Instituições expressamente contempladas na Constituição da República, como é o caso dos Ministérios Públicos Estaduais? As respostas, por certo, serão negativas.

29. Nessa linha, não poderá o Procurador Regional Eleitoral imiscuir-se em qualquer matéria que tenha reflexos na estrutura organizacional do Ministério Público Estadual, já que coberta pela autonomia administrativa deste último.

30. É importante observar que a função eleitoral desempenhada pelos membros do Ministério Público em nada se confunde com a situação jurídica dos magistrados que desempenham funções de igual natureza. Os últimos, ainda que exerçam suas funções regulares no âmbito estadual, podem e devem ser designados pelos Tribunais Eleitorais, isso porque a Constituição da República conferiu características existenciais próprias a esse ramo do Poder Judiciário. Essas designações, assim, longe de macular a autonomia administrativa do Poder Judiciário Estadual, terminam por consolidar a autonomia administrativa da Justiça Eleitoral.

31. Em norte contrário ao exposto, o Tribunal Superior Eleitoral, respondendo consulta do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, proferiu decisão do seguinte teor: “Ministério Público Eleitoral. Designação de Promotor Eleitoral. Gratificação Eleitoral. Pagamento. 1. Impossibilidade de designação de Promotor de Justiça por ato unilateral do Procurador-Geral de Justiça Estadual para atuar na Justiça Eleitoral (art. 79, *caput*, da LC 75/93). 2. A gratificação eleitoral prevista pelo art. 70 da Lei 8.625/93 não pode ser paga a membro do Ministério Público local que não o Promotor Eleitoral, nos termos do art. 79, *caput*, da LC nº 75/93. Precedentes: Resoluções/TSE 14.442/94, 20.447/99, REsp. 16.038/99 e RMS 1”.¹²

32. Na senda dos precedentes do Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal de Contas da União, em 20 de março de 2002, julgando a Representação nº 007.624/2000, formulada contra o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, que vinha recepcionando as designações realizadas pelo Procurador-Geral de Justiça, proferiu a Decisão nº 238/2002: “8.1. com fundamento no art. 69, inciso I, da Resolução 136/2000-TCU, c/c o art. 213 do Regimento Interno, conhecer da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente. 8.2. determinar ao Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro a adoção de providências, sob pena de corresponsabilidade, visando a certificar, como condição para o pagamento da gratificação de que trata o art. 70 da Lei 8.625/93, se os beneficiários dela atendem aos requisitos exigidos pelo artigo 79, *caput*, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, nos termos em que foram fixados nas deliberações do Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções 14.442/1994 e 20.842/2001, entre outras), no sentido de que “não pode haver pagamento da gratificação prevista no art. 70, da Lei 8.625 ao membro do Ministério Público local que não seja o Promotor Eleitoral a que se refere o art. 79, *caput*, da Lei Complementar nº 75/93 ou ao que não tenha sido designado pelo Procurador Regional Eleitoral na forma do parágrafo único do art. 79, da referida Lei Complementar”. 8.3. fixar o prazo de 60 (sessenta dias) para que o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro informe ao Tribunal as medidas efetivamente adotadas para cumprimento da determinação constante no subitem anterior. 8.4. determinar à Secex/RJ o acompanhamento do cumprimento dessa determinação, com vista à futura instrução das contas do Órgão...”.

33. Esse entendimento, com a devida vênia de seus artífices, termina por adequar a Constituição da República às prescrições da legislação infraconstitucional, ensejando um grave equívoco no processo de hermenêutica constitucional.¹³

¹² Resolução nº 20.842, Processo Administrativo nº 18.623, rel. Min. Septúlveda Pertence, j. em 07/08/2001.

¹³ A linha argumentativa aqui apresentada foi parcialmente reproduzida na representação que redigimos,

II.IV Da minuta de portaria

34. Não bastasse a anômala previsão legal de que o Procurador Regional Eleitoral realize as designações dos Promotores Eleitorais, rechaçada pela Lei nº 8.625/1993, mas amparada pela Lei Complementar nº 75/1993, referido agente pretende editar um ato normativo regulando a atuação funcional e administrativa dos membros do Ministério Público Estadual no exercício da função eleitoral. Para tanto, invoca o poder de os “Procuradores Regionais Eleitorais expedirem instruções aos órgãos do Ministério Público Eleitoral que oficiem perante os Juízes Eleitorais e os Juízes Eleitorais Auxiliares dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais”, que seria amparado pelos seguintes preceitos normativos, *verbis*:

Lei Complementar nº 75/1993

Art. 77. Compete ao Procurador Regional Eleitoral exercer as funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo, **além de dirigir, no Estado, as atividades do setor.** (*grifo nosso*)

Parágrafo único. O Procurador-Geral Eleitoral poderá designar, por necessidade de serviço, outros membros do Ministério Público Federal para officiar, sob a coordenação do Procurador Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais.

Código Eleitoral

Art. 24. Compete ao Procurador-Geral, como Chefe do Ministério Público Eleitoral:

(...)

VIII - expedir instruções aos órgãos do Ministério Público junto aos Tribunais Regionais;

(...)

Art. 27. Servirá como Procurador Regional junto a cada Tribunal Regional Eleitoral o Procurador da República no respectivo Estado e, onde houver mais de um, aquele que for designado pelo Procurador-Geral da República.

(...)

§ 3º Compete aos Procuradores Regionais exercer, perante os Tribunais junto aos quais servirem, as atribuições do Procurador-Geral.

a pedido do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e que deu origem à ADI nº 3.802, ajuizada pela CONAMP, perante o Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 2006. O CNMP dispôs sobre a matéria na Resolução nº 30/2008, prestigiando a sistemática da Lei Complementar nº 75/1993.

35. No delineamento das atribuições do Procurador Regional Eleitoral, a primeira ordem de argumentos a ser considerada é aquela de estatura constitucional. E aqui surge o questionamento: é possível que um membro do Ministério Público Federal expeça atos normativos disciplinando a atividade administrativa e funcional dos membros do Ministério Público Estadual?

36. A ordem constitucional, como constatamos, reconhece a autonomia administrativa e funcional de cada uma das Instituições que se integram ao conceito mais amplo de Ministério Público. Para que agentes pertencentes a uma Instituição pudessem editar atos normativos vinculantes para agentes de Instituições diversas seria imperativa a existência de uma exceção à regra geral da autonomia, que deveria estar prevista no próprio texto constitucional. Tal exceção, como se sabe, não existe.

37. Um intérprete mais arguto poderia argumentar que a autonomia há de coexistir com a unidade do Ministério Público, o que justificaria a imposição de regras, pelo nobre Procurador Regional Eleitoral, direcionando a atuação dos Promotores Eleitorais. Ocorre que o sofisma é mais que evidente.

38. É necessário analisar, em primeiro lugar, se as noções de unidade e variedade são necessariamente antinômicas ou se podem ser argumentativamente compatibilizadas. Invocando a sistematização oferecida por Karen Gloy¹⁴, 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.¹⁵

39. Ao dispor sobre a existência de um único Ministério Público, que abrangeria 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.

40. Diversamente ao que se verifica em relação ao Poder Judiciário, caracterizado por uma unidade verticalizada, em que órgãos superiores têm poder de mando sobre órgãos inferiores, o Ministério Público brasileiro é caracterizado por uma unidade horizontalizada, em que Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados não mantêm qualquer relação entre si, cada qual exercendo, nos limites estabelecidos pela ordem jurídica, as atribuições que lhe foram outorgadas.

¹⁴ *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.

¹⁵ FÜCHS Ralph. *Risse in Gebäcke, Kulturelle differenz im Vereinigten Deutschland*, in PROBST, Lothar e STIFTUNG, Heinrich-Böll. *Differenz in der Einheit*. Berlin: Ch. Links Verlag, 1999, p. 9 e ss.

41. A unidade não autoriza que integrantes do Ministério Público atuem em áreas não afetas à esfera de atribuições que lhes fora reservada pela lei (v.g.: Promotor Eleitoral não pode exercer atribuição do Procurador Regional Eleitoral ou, ainda que a matéria seja afeta ao cargo que ocupa, que não se enquadre na esfera territorial perante a qual atue ou esteja relacionado ao órgão que ocupa; o Procurador Regional Eleitoral não pode exercer atribuições típicas do Procurador-Geral de Justiça, como veicular atos regulamentares destinados aos membros do Ministério Público Estadual etc.).

42. Na medida em que os Ministérios Públicos, por imperativo constitucional, são autônomos entre si, é evidente que as normas infraconstitucionais que afrontassem tal autonomia seriam nulas de pleno direito, isso por colidirem com o seu fundamento de validade, que é a Constituição da República. Fortes nessa premissa, podemos afirmar que se uma lei outorgasse ao Procurador Regional Eleitoral a prerrogativa de editar atos normativos regulamentando a atuação administrativa e funcional dos membros do Ministério Público Estadual, no exercício de função eleitoral, essa lei seria manifestamente inconstitucional. Ocorre que essa lei não existe e as normas mencionadas pelo Exmo. Sr. Procurador Regional Eleitoral não agasalham a atribuição que entende possuir.

43. O art. 77 da Lei Complementar nº 75/1993 dispõe que ao Procurador Regional Eleitoral compete “*dirigir, no Estado, as atividades do setor*”. À luz dos contornos semânticos dessa expressão, o intérprete pode extrair dois conteúdos normativos básicos.

44. De acordo com o primeiro, o vocábulo “*setor*” conferiria ao Procurador Regional Eleitoral uma espécie de primazia sobre toda a atividade eleitoral exercida no Estado do Rio de Janeiro. A minguia de qualquer balizamento, caberia a ele “*dirigir*”, com a maior intensidade possível, os universos cognitivo, valorativo e decisório de todas as instituições, públicas e privadas, que incursionassem nessa temática. Nessa amplitude conceitual, estariam inseridos o Poder Judiciário, o Ministério Público Estadual e a Polícia Judiciária. Por certo, o nobre autor da minuta de portaria não hesitaria em reconhecer o absurdo dessa interpretação em relação ao Poder Judiciário e à Polícia Judiciária, isso por integrarem outras estruturas de poder. No entanto, apesar de o Ministério Público Estadual estar absolutamente na mesma situação, já que consubstancia Instituição constitucionalmente autônoma e dissociada dos poderes do Estado, a portaria o contempla. E qual é a razão dessa visão distorcida da realidade? Será que o fato de assinar as designações dos Promotores Eleitorais torna-o “*Chefe*” desses agentes, daí decorrendo a relação de hierarquia que confere sustentação aos atos normativos internos, como soem ser as portarias? Caso esse último questionamento seja respondido de maneira afirmativa, será forçoso reconhecer que o Presidente da República possui uma relação de hierarquia em relação a dois membros do Tribunal Superior Eleitoral e de cada Tribunal Regional Eleitoral, isso por ser responsável pela sua nomeação (vide CR/1988, arts. 119, II e 120, § 1º, III).

45. Absurdos à parte, a única interpretação possível do *caput* do art. 77 da Lei Complementar nº 75/1993 é aquela que harmoniza a sua segunda parte com a primeira. Em outras palavras, o “*setor*” a que se refere a segunda parte é aquele

ocupado pelas “funções do Ministério Público nas causas de competência do Tribunal Regional Eleitoral respectivo”. Afinal, o nobre Procurador Regional Eleitoral não poderia “dirigir” a estrutura alheia. Dirige a sua e nada mais que isso.

46. Se o art. 77 da Lei Complementar nº 75/1993 não confere ao Procurador Regional Eleitoral atribuição para disciplinar a atividade administrativa e funcional de agentes integrados a outra Instituição, os arts. 24, VIII, e 27, § 3º, do Código Eleitoral muito menos o fazem. Explica-se: o primeiro desses preceitos estabelece a atribuição do Procurador-Geral Eleitoral para “expedir instruções aos órgãos do Ministério Público junto aos Tribunais Regionais”, enquanto que, por força do segundo, aos Procuradores Regionais Eleitorais compete “exercer, perante os Tribunais junto aos quais servirem, as atribuições do Procurador-Geral”. Será crível a tese de que o mesmo poder de mando ostentado pelo Procurador Geral da República em relação aos Procuradores Regionais Eleitorais é ostentado por estes em relação aos Promotores Eleitorais? É evidente que não! E isso por uma razão muito simples: mando pressupõe hierarquia, de todo inexistente entre duas unidades existenciais distintas, como são o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.

47. A análise da minuta de portaria permite sejam identificadas duas espécies de normas: aquelas que repetem a normatização vigente e aquelas que inovam na ordem jurídica. As primeiras são de uma infelicidade e deselegância que beiram o inusitado. O que dizer de algumas obrigações previstas no art. 2º da minuta? Será que o Procurador Regional Eleitoral deve veicular, para os Promotores Eleitorais, a ordem de “atender aos cidadãos e fornecer-lhes as orientações pertinentes” ou de “na data do pleito, atuar na fiscalização dos trabalhos de votação em todas as seções de votação contidas na Zona Eleitoral em que são lotados”? Ou será que este é um dever funcional que emana da lei, dispensando inúteis e vãs repetições. A segunda espécie de normas, que são aquelas que inovam na ordem jurídica, estabelece uma série de deveres relacionadas às próprias obrigações do Procurador Regional Eleitoral, que, doravante, pretende vê-las desempenhadas pelos Promotores Eleitorais. Os exemplos mais sugestivos são oferecidos pelos incisos IV e VIII do art. 2º da minuta, *verbis*:

IV - Independentemente da imediata comunicação à Procuradoria Regional Eleitoral, proceder à colheita das provas de autoria e materialidade dos ilícitos eleitorais, sempre que as notícias ou representações arroladas no inciso anterior não vierem instruídas com os elementos necessários para a adoção da medida Judicial cabível por parte do Procurador Regional Eleitoral, remetendo os elementos probatórios colhidos à Procuradoria Regional Eleitoral no menor prazo possível;

VIII - Quando oficiado pela Procuradoria Regional Eleitoral, diligenciar conforme o requerido, podendo colher outras provas que julgar pertinentes para a instrução da investigação;

48. Em relação a esses dois incisos, a minuta de portaria não se contenta com a inconstitucionalidade, avançando, igualmente, no plano da ilegalidade. A conclusão é tão simples quanto a justificativa. Afinal, a legislação infraconstitucional disciplina a sistemática de prestação de auxílio ao Procurador Regional Eleitoral, não autorizando, em nenhum momento, que esse agente transfira, aos Promotores Eleitorais, atribuições que lhe são próprias. Segundo o art. 10, IX, *h*, da Lei nº 8.625/1993, é atribuição do Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para officiar junto ao Procurador Regional Eleitoral, em havendo solicitação deste último. No caso de auxílio, a designação estará sujeita à disponibilidade de pessoal do Ministério Público Estadual, não sendo demais lembrar que por solicitação não se deve entender um comando cogente, sendo ela passível de valoração, do que poderá resultar, ou não, o deferimento do que fora postulado. E, ainda, o art. 77, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/1993 prevê a possibilidade de o Procurador-Geral da República “designar, por necessidade do serviço, outros membros do Ministério Público Federal para officiar, sob a coordenação do Procurador-Regional, perante os Tribunais Regionais Eleitorais”. Essa última solução parece ser mais consentânea com a autonomia do Ministério Público Estadual, pois não cabe aos seus membros a preeminência na prestação de auxílio a um órgão do Ministério Público Federal, mas, sim, aos demais integrantes desta Instituição. Nessa linha, constata-se que a minuta de portaria transmudou uma possível solicitação de auxílio em pura e simples delegação de atribuições. Pela minuta, o Procurador Regional Eleitoral determina que os Promotores Eleitorais atuem. Evidentemente, que a colaboração entre as Instituições assume vital importância para que melhores resultados sejam aferidos e, de nossa parte, não temos conhecimento de que colaboração dessa natureza, um dia, já tenha sido negada. O que se nos afigura injurídico e deselegante é a determinação que se pretende expedir.

49. Ainda no plano das inovações trazidas pela minuta de portaria, merece referência a instituição de um plantão (art. 3º) e o comando de fechamento, *verbis*: “Dê-se ciência aos Promotores Eleitorais, por meio do 5º CAOp”. De modo simples e objetivo: o autor da minuta estabelece uma norma típica de regime jurídico, para os Promotores Eleitorais, e chega ao cúmulo de estabelecer uma determinação a um órgão diretamente subordinado ao Procurador-Geral de Justiça, como é o Centro de Apoio das Promotorias Eleitorais.

50. A minuta de portaria objeto de análise afronta de modo tão intenso a ordem jurídica que dela não podem ser extraídos conteúdos normativos. Assim ocorre por não se tratar de ato inválido, mas simplesmente inexistente.

51. Para que o adjetivo *válido* possa ser adicionado ao substantivo *norma* faz-se necessário que esta última seja integrada por determinados elementos constitutivos que lhe confirmam uma individualidade existencial, permitindo que seus contornos sejam objeto de aferição à luz da ordem jurídica.¹⁶ Nesse primeiro momento, a atividade cognitiva é situada no plano da *existência*. Determinado ato jurídico somente receberá o qualificativo de disposição

¹⁶ Para maior desenvolvimento, vide: GARCIA, Emerson. Conflito entre Normas Constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 168 e ss.

normativa, passando a existir na ordem jurídica, quando contar com todos os seus elementos constitutivos, estruturais e funcionais: deve emanar de um órgão estatal, ser formulado e revelado ao mundo exterior de acordo com um procedimento contemplado pelo sistema e possuir um objeto. Somente quando esses elementos constitutivos estiverem presentes é que se terá uma disposição normativa *perfeita*,¹⁷ permitindo aferir a sua *validade formal* ou *técnico-jurídica*, vale dizer, a sua *regularidade*. Não obstante a ausência de uniformidade terminológica, ao vocábulo *validade* podem ser atribuídos três sentidos principais: a) validade formal ou técnico-jurídica, refletindo a noção de vigência; b) validade social, indicativa da efetividade ou eficácia social da norma¹⁸; e c) validade ética, associada ao fundamento de ordem axiológica que a ampara.¹⁹

52. A validade formal de uma norma, na doutrina de Kelsen, é determinada por sua derivação de outra norma válida, processo que deve ser sucessivamente seguido até alcançar a primeira norma do sistema, a Constituição. A validade desta última, por sua vez, é indicada por uma norma não positiva, a norma fundamental ou básica, que impõe o dever de nos conduzirmos de acordo com a Constituição e da qual derivam as normas positivas que integram a cadeia de validade.²⁰ A hierarquização, característica indissociável de qualquer sistema jurídico, indica que a produção e as demais vicissitudes (modificação e eliminação) de uma norma deverão observar os critérios formais e materiais estabelecidos por uma norma superior. Os critérios formais indicam o órgão responsável e o procedimento a ser seguido na edição do padrão normativo; os materiais, o balizamento jurídico-axiológico a que o conteúdo da norma inferior deve manter-se adstrito. Ausente a hierarquia, não seria sustentável um discurso fundado na validade ou na invalidade técnico-jurídica da norma, já que ausente o paradigma de análise.

53. A invalidade formal da norma atua como elemento de exclusão do sistema jurídico, retirando-lhe a coercitividade e, por via reflexa, a aptidão para produzir efeitos no plano da realidade. Por outro lado, ainda que formalmente válida, a norma pode destoar dos padrões comportamentais constantemente observados na sociedade, o que, em situações extremadas, pode lhe retirar um mínimo de eficácia social: a norma é juridicamente válida, mas socialmente ineficaz. Em situações desse tipo, em que ausente a validade social, pode ser implementado um processo não formal de modificação constitucional, isso porque a norma caiu em *desuso*.

¹⁷ Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Diritto Costituzionale*, 15ª ed., Napoli: Jovene Editore, 1989, p. 122; e VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Padova: CEDAM, 2001, p. 146-147.

¹⁸ Note-se que tomamos eficácia social como sinônimo de efetividade. De acordo com Kelsen, a noção de eficácia (que se enquadra no nosso conceito de efetividade) está associada ao "*fato real de ela (a norma) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos*" [Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), trad. de João Baptista Machado, 6ª ed., 5ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11].

¹⁹ Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., 3ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 105; e ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, p. 49-50.

²⁰ Teoria Pura..., p. 224-228. No mesmo sentido: FAVOREU, Louis, GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MESTRE, Jean-Louis, PFERSMANN, Otto, ROUX, André e SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 59-60.

54. Na hipótese vertente, observa-se que a autoridade responsável pela emissão do futuro ato normativo não desempenha função legislativa e, no plano administrativo, pretende veicular determinações a membros de uma Instituição que não é a sua e que muito menos estão subordinados a ela. Portanto, é evidente que a futura portaria sequer se apresentará a um juízo valorativo de validade, isso por mostrar-se inapta a passar pela avaliação de sua existência jurídica. Do nada jurídico não derivam consequências jurídicas.

III

55. Pelas razões expostas, entende esta Consultoria Jurídica que possível portaria, que venha a ser editada nos termos da minuta objeto de análise, apresentará flagrante dissonância da ordem constitucional e infraconstitucional, carecendo de toda e qualquer imperatividade.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.

Emerson Garcia
Consultor Jurídico