



CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR Nº 1.00969/2019-34

Requerente: Fabiano Contarato e Rodrigo Miranda Grobério

Requerido: Membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo –

VOTO-VISTA

Conselheira Nacional SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Trata-se de referendo de instauração de Processo Administrativo Disciplinar contra ..., Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, tendo em vista a suposta violação de dois deveres funcionais, por duas vezes, nos termos art. 117, incisos III e VII¹, ambos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Espírito Santo n. 95/1997, tornando o Reclamado, em consequência, passível da pena de Advertência, por duas vezes, nos termos do art. 128, inciso I², observado o disposto no art. 129, *caput*³, todos da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Espírito Santo n. 95/1997.

Como fundamento para a instauração do PAD, o Corregedor Nacional

¹ Art. 117. São deveres de cada membro do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] III - zelar por suas prerrogativas, pela dignidade de suas funções, pelo respeito aos membros da Instituição e pelo prestígio da Justiça; [...] VII - desempenhar, com zelo e presteza, suas funções;

² Art. 167. Por infração disciplinar, o membro do Ministério Público fica sujeito às seguintes penalidades: [...] I – Advertência

³ Art. 129. A pena de advertência será aplicada por escrito, de forma reservada, no caso de infringência das vedações previstas nos incisos II e III do artigo 119 e de descumprimento do dever funcional, menos os previstos nos incisos I a VI do artigo 117 desta Lei Complementar

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

destaca os fatos apurados no âmbito da presente Reclamação Disciplinar, nos seguintes termos:

CONSIDERANDO o teor da Reclamação Disciplinar nº 1.00969/2019-34, na qual consta conduta do Processado consistente em **apresentar parecer de alegações finais** nos autos do processo judicial de Ação de Adoção unilateral cumulada com Declaratória de dupla paternidade da criança G. H. C, em trâmite na 1ª Vara Especializada da Infância e da Juventude da comarca de Vila Velha/ES, **assim como Recurso de Apelação Cível**, na forma do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em face da v. Sentença que deferiu a adoção unilateral, **em completo desalinho com a jurisprudência consolidada do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, as decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 4277/DF e na ADPF n. 132/RJ, proferidas com eficácia vinculante à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário e Ministério Público;**

CONSIDERANDO o teor da argumentação utilizada pelo Processado, tanto no parecer de Alegações Finais juntado à Ação de Adoção, como na petição de razões do Recurso de Apelação Cível apresentada ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que de fato não expressam a opinião perfilhada pelo Ministério Público brasileiro;

CONSIDERANDO a crítica infundada à competência constitucional do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal, especificamente a respeito da edição da Resolução n. 1758.

Por ocasião da 4ª Sessão por Videoconferência de 2020, realizada em 12/5/2020, o Exmo. Corregedor Nacional do Ministério Público trouxe à apreciação do Plenário judicioso Voto pelo referendo da Portaria de Instauração do PAD.

Iniciado o julgamento e a colheita dos votos, o Eminentíssimo Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho adiantou pedido de vistas.

Entrementes, após debruçar-me mais detidamente sobre a matéria,

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

manifesto aqui posicionamento no sentido de concordar com o Exmo. Corregedor

Nacional, nos termos da presente manifestação escrita.

Destaco, inicialmente, que é entendimento assente nesta Casa que **refoge à competência do Conselho Nacional do Ministério Público intervir na atividade finalística do Órgão Ministerial e funcionar como instância recursal de posicionamentos jurídicos por este adotado no exercício da atividade institucional**, em homenagem aos princípios da independência e da autonomia funcional, bem como em respeito às funções constitucionalmente atribuídas a este órgão.

Essa conclusão, iterativamente aplicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público em seus julgados, encontra-se atualmente sedimentada no Enunciado CNMP nº 6/2009, *in verbis*:

Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição. (grifo nosso)

No entanto, **o CNMP não está absolutamente impedido de atuar nos casos relacionados à atividade finalística**, haja vista que **o Princípio da Independência Funcional não tem caráter absoluto** e tendo em vista que ao CNMP igualmente cabe o controle do cumprimento dos deveres funcionais, o que, obviamente, reflete na atuação do Membro no exercício da atividade-fim. Nos termos de decisão proferida pelo Ilustre Conselheiro Luiz Fernando Bandeira de Mello:

Cabe esclarecer, claro, que o Conselho não é impedido absolutamente de analisar o mérito do ato praticado pelos membros do Ministério Público. Pelo contrário, o CNMP pode e

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

deve verificar se há nas condutas do membro, ainda que no exercício de sua atividade finalística, alguma atuação que destoe dos deveres funcionais legalmente estabelecidos, uma vez que **a independência funcional não o escusa do dever de velar pela correta aplicação da norma jurídica.** (PP nº 1.00666/2019-67, Relator: Cons. Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho. Decisão Monocrática proferida em 07/09/2019) (grifo nosso)

Nesta linha de compreensão, nas palavras de Emerson Garcia, ao impedir que “fatores exógenos, estranhos ou não à instituição, influam no desempenho de seu *múnus*”, o princípio da independência funcional consiste em “mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas a consecução de um fim: a satisfação do interesse público”. Em suma, pode-se dizer que “a independência funcional orna o cargo”, de modo que não impede a responsabilização do agente que o exerce.

No conflito entre o exercício da independência funcional e a possibilidade de reponsabilidade funcional, é oportuno rememorar as lições de Hugo Nigro Mazzilli, para quem “**A liberdade e a independência funcional existem, mas não se pode invocar levianamente uma ou outra para justificar posições estritamente arbitrárias ou pessoais**”⁴. Como desdobramento desse entendimento, revela-se evidente que os eventuais abusos reclamam a existência de mecanismos de controle da atividade ministerial finalística.

A independência funcional, portanto, não é irrestrita, de modo que não pode o Membro Ministerial, a pretexto de estar amparado por essa prerrogativa, atuar em descompasso com seus deveres funcionais, por exemplo, devendo tal violação ser objeto de análise sob o aspecto disciplinar, conforme já decidido pelo Plenário deste CNMP:

REVISÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. MEMBRO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ.
VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS. ORDENS DE

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES
SUSPENSÃO DE ATIVIDADES EMPRESARIAS
POLUIDORAS EXPEDIDAS NO ÂMBITO DE
PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO CIVIL.
INEXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. ABUSO DE
PODER. VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO
CARGO. AUSÊNCIA DE ZELO NO DESEMPENHO DAS

FUNÇÕES. PENALIDADE DE SUSPENSÃO.
PROCEDÊNCIA.

(...)

5. Os documentos apresentados comprovam que o processado, por iniciativa e decisão próprias, no âmbito de procedimento preparatório de inquérito civil, expediu ofícios a cinco empresas, contendo ordem expressa de suspensão de atividades de despejo de resíduos no aterro municipal. **Com efeito, é indubitável que, ao não observar o devido processo legal, agiu com notória abusividade, extrapolando os limites conferidos pelo ordenamento jurídico para a atuação extrajudicial do Ministério Público, de sorte que essa conduta não é amparada pelo princípio da independência funcional.** 6. Os procedimentos preparatórios de inquérito civil público prestam-se a apurar elementos de informação necessários à formação de justa causa para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil pública, em vista de interesses ou direitos mercedores de tutela. O processado extrapolou essa finalidade, ao ordenar que as atividades objeto da apuração preliminar fossem suspensas. 7. A suspensão de atividades, além de sanção por infrações administrativas, constitui espécie de pena restritiva de direitos aplicável aos crimes ambientais. Trata-se de sanção drástica, na medida em que se impede a continuidade de processos produtivos e implica a interdição da atividade econômica. Destarte, para aplicação da referida sanção, seria imprescindível a existência de ação judicial, com observância do devido processo legal. 8. Os ofícios enviados pelo processado às empresas não se revestem das características do instituto da recomendação. **No caso dos autos, ao ordenar a suspensão das atividades de empresas que não possuíam licenças e alvarás, o processado desbordou dolosamente de suas prerrogativas e deixou de observar o devido zelo em relação aos procedimentos em que atua. Ademais disso, não foi diligente na condução do procedimento preparatório de inquérito, ao ignorar a juntada de cópia do TAC firmado por uma das empresas oficiadas.** 9. Conduta que caracteriza erro manifesto no manejo dos instrumentos de atuação

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

extrajudicial. 10. Comprovação do descumprimento dos deveres funcionais de zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções e de desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções.

(...)

15. Procedência da Revisão de Processo Disciplinar para reconhecer a existência de infração disciplinar por violação aos deveres inscritos nos incisos II e VI do art. 82 da LOMP/PI e para aplicar a penalidade de suspensão por 5 dias, considerados a gravidade da conduta e os maus antecedentes do agente, nos termos do artigo 151, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 12/1993.

(Revisão de Processo Disciplinar nº 1.00974/2018-10. Relator: Conselheiro Luciano Nunes Maia Freire. Julgado em 10/12/2019). (Grifos nosso).

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DE DEVERES FUNCIONAIS PREVISTOS NA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. LIMITES. DISPENSA DE TESTEMUNHAS.

1. Havendo discordância entre a conclusão alcançada pela Corregedoria de origem e a Corregedoria Nacional do Ministério Público, impõe-se o prosseguimento dos autos de persecução administrativa.

2. Se os autos da Reclamação Disciplinar já consignam indícios suficientes da materialidade e da autoria de suposta infração funcional, justifica-se a instauração, de plano, de Processo Administrativo Disciplinar.

3. A revisão de processo disciplinar tem assento constitucional no artigo 130-A, §2º, inciso IV, da Carta Magna, tratando-se, em realidade, de uma das competências expressamente atribuídas ao Conselho Nacional do Ministério Público.

4. A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da conduta no campo disciplinar. (Processo n. 0. 00.000.001427/2009-71, Relatora Cons. Maria Regina Alves Amâncio).

Com efeito, a possibilidade de se impor limites ao exercício da independência funcional também já foi expressamente reconhecido pelo Supremo

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Tribunal Federal, nos termos do que ficou decidido no julgamento do MS 28.408, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTABELECIDA NO ART. 130A, INC. I, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. **A independência funcional garantida ao Impetrante pelo art. 127, §1º, da Constituição da República não é irrestrita, pois o membro do Ministério Público deve respeito à Constituição da República e às leis.**

2. Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, conforme dispõe o inc. I do §2º do art. 130-A da Constituição da República.3. Segurança denegada. (STF. 2ª Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 18/03/2014) (grifo nosso)

Na esteira desse raciocínio, o que se destaca é que a garantia da independência funcional encontra limite na compatibilidade dos atos praticados pelos Agentes Ministeriais com os fins inerentes às funções do Ministério Público e, por conseguinte, com o próprio ordenamento jurídico posto.

O Professor e Promotor de Justiça Rodrigo Leite Ferreira Cabral⁵ discorre que **a insindicação dos atos praticados no exercício da independência funcional não é absoluta**, de modo que comporta **exceções** que podem ser classificadas em três categorias: i) instrumentalização dolosa das funções ministeriais para a prática de delitos; ii) distorção dolosa do direito; iii) distorção imprudente do direito.

Ao tratar das exceções à insindicação dos atos praticados no exercício da independência funcional, o ilustre Professor caracteriza a **“distorção dolosa do direito”** como hipótese em que o membro do Ministério Público “intencionalmente busca

⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os Princípios Institucionais do Ministério Público. In: **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional: O papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público**, volume I / Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016, p. 38.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

distorcer, adulterar ou falsear o direito positivo vigente, com o que acaba por **prejudicar as partes, a sociedade ou mesmo a pretensão de justiça**". Como requisitos para a responsabilização administrativa nesse caso, destaca que "deve existir uma aparência de legalidade no ato ministerial; o ato ministerial deve ser manifestamente injusto; e o membro do Ministério Público deve ter consciência da injustiça desse ato".

Na categoria de "**distorção imprudente do direito**", o ilustre Promotor

de Justiça destaca que a responsabilidade disciplinar do Membro do MP pode ocorrer em, pelo menos, três hipóteses: i) casos de falta de fundamentação; ii) casos de **distorção do direito por imprudência grave**; e iii) casos de **distorção dos fatos por imprudência grave**. Nesta segunda categoria, destaca ainda a necessidade de existência dos requisitos de "aparência de legalidade" e de "ato ministerial manifestamente injusto". Conforme ressalta, "tais categorias devem decorrer de uma desatenção, leviandade ou falta grave de cuidado na elaboração do ato ministerial".

Nesse contexto, **ao afastar a validade da certidão de casamento acostada nos autos de processo judicial, por entender ilegítima a constituição de família mediante o casamento homoafetivo**, externando opinião ministerial pela impossibilidade do pedido de adoção por eles formulado, o Promotor de Justiça ora processado, em aparente defesa da legalidade, **PODE, EM TESE**, ter incorrido em "distorção dolosa do direito".

Ainda que não se entenda que o caso caracteriza-se como "distorção dolosa do direito", a situação aqui tratada **PODE, AINDA, EM TESE**, configurar "distorção imprudente do direito", haja vista existir ato aparentemente legal, mas manifestamente injusto e decorrente de **distorção do direito por imprudência grave**.

Vale ressaltar, por oportuno, que, apesar de o Membro fundamentar sua

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

atuação na literalidade de dispositivos legais, desde há muito tempo já se compreende que o **conceito de ordem jurídica**, cuja defesa é missão constitucional atribuída ao Ministério Público (art. 127, caput / CF), **não se confunde com o conceito de lei**. Nas palavras de Flávio Tartuce⁶, “não se pode conceber um Estado Legal puro, em que a norma acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas”. Afinal, “a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida [...] para a solução do caso concreto”, cabendo ao Membro do Ministério Público igualmente respeitar as decisões e a interpretação do texto

constitucional formulada pela Suprema Corte.

Nesse contexto, é digno de nota que, no julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção das minorias e da não discriminação, **o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade da união estável formada por integrantes do mesmo sexo**, aplicando-se à união homoafetiva todos os dispositivos aplicáveis à união estável, como a possibilidade de conversão em casamento, nos termos do art. 1.726⁷ do Código Civil.

Vejamos:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM**

⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 3.

⁷ Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICOCULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA

PÉTREA. [...]

6. INTERPRETAÇÃO DO artigo 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”).

RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. **Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (STF. Tribunal Pleno. ADI 4277/DF. Rel. Min Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011) (grifo nosso)

Como se sabe, a decisão proferida pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade **tem efeito vinculante e erga omnes**, de modo que vincula todos os demais órgãos do Judiciário, bem como quaisquer entidades da Administração direta e indireta da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Tal vinculação, como se nota, inegavelmente alcança a atuação de todos os Membros do Ministério Público.

Ademais, em sua atuação funcional, o reclamado também desconsiderou a

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

existência da Resolução CNJ 175, de 14 de maio de 2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, *in verbis*:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 000262665.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;
RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Para além de descumprir ato normativo de natureza primária, haja vista que a Resolução do CNJ haure fundamento na própria Constituição Federal, denota-se dos autos que o processado “atacou a competência constitucional do CNJ”, conforme consta na Portaria CNMP-CN nº 15/2020, o que pode configurar ausência de zelo com o prestígio da Justiça. Vejamos

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Portanto, inviável o reconhecimento de validade do documento de fis. 17 por se achar fora dos parâmetros legais, eis que os contraentes são pessoas do mesmo sexo, e oriundo de órgão incompetente para legislar, qual seja a Resolução 175 do CNJ, que por força constitucional deveria exercer apenas o controle externo do judiciário, e ultimamente tem ido além do que a Carta Maior determina, pondo-se a legislar e impor normas descabidas. E que não vincula o Ministério Público, a quem incumbe fiscalizar e fazer com que as Leis sejam cumpridas.

Outrossim, é ainda imperioso observar que o entendimento jurídico esboçado pelo Membro reclamado vai de encontro ao que também já foi decidido no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no primeiro precedente sobre a proteção do direito à diversidade sexual (*Caso Atala Riffo e crianças x Chile*). Naquela oportunidade, **a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a orientação sexual dos pais não pode ser invocada para decidir processo judicial de guarda**. Esse importante julgamento projetou “uma mensagem para o continente americano de que as discriminações baseadas na orientação sexual não devem ser admitidas no Direito Internacional dos Direitos Humanos”⁸.

Embora a decisão tratasse de discussão a respeito do direito de guarda, o raciocínio que prega a não discriminação é igualmente aplicável aos processos que tratem dos pedidos de adoção por casais homoafetivos. Afinal, a Corte reconhece que, nos termos do artigo 1.1, a Convenção Americana de Direitos Humanos não admite a discriminação “por qualquer outra condição social”, conceito dentro do qual se enquadra a orientação sexual e a identidade de gênero, *in verbis*:

“nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, pode diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual” (Mérito, reparação e custas, § 91)

Vale ainda pontuar que o posicionamento doutrinário vigente é

⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Aragon Thimotie. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 226.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

diametralmente oposto à tese sustentada pelo reclamado. Nesse sentido, importa frisar que a legitimidade e igualdade de direitos entre a família formada por casais homoafetivos e heteroafetivos também é expressamente reconhecida pela doutrina. Como ilustra a doutrinadora Maria Berenice Dias⁹:

[...] para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, a prática sexual [...] e nem capacidade reprodutiva. [...] **não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.** [...]

O centro da gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva [...] todas as espécies de vínculos que tenham por base o afeto são merecedoras da proteção do Estado.

Na mesma linha, nos ensinam Nelson Rosendal e Cristiano Chaves¹⁰:

A união estável homoafetiva produzirá todos os efeitos da união estável heteroafetiva, seja no âmbito existencial, seja na esfera patrimonial. Vislumbra-se, inclusive, a possibilidade de conversão da união homoafetiva em casamento, conforme reconhecido pela Corte Superior de Justiça (STJ, Ac. 4ª T. RESp. 1.183.378/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão). [...] Daí ser lícita a conclusão de que **o reconhecimento da união homoafetiva dentro do Direito das Famílias é um imperativo constitucional, não sendo possível violar a dignidade do homem, por apego absurdo a formalismos legais, sob pena de um amesquinamento das garantias constitucionais.**

Assim sendo, a instauração e instrução do Processo Administrativo Disciplinar é caminho necessário para apurar se a atuação configura distorção dolosa ou imprudente do direito, o que possibilitaria a responsabilização disciplinar do Membro do Ministério Público.

⁹ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e os Direitos LGBTI. 6. Ed, 2013, p. 111.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito das famílias. 6ª. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 483.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Ainda que no exercício da atividade-fim, a adoção, por parte de agente incumbido da defesa da ordem jurídica, de posicionamento em completo desalinho com entendimento já consolidado **PODE** caracterizar ausência de zelo pela dignidade de suas funções e pelo prestígio da Justiça; além de **POSSÍVEL** descumprimento do dever de efetuar com zelo e presteza as suas funções; os quais configuram deveres positivados no art. 117 da Lei Orgânica do MP/ES.

Friso: a independência funcional, garantia de extrema importância à atuação ministerial, não pode servir de carta branca para qualquer hipótese de atuação finalística do Membro do Ministério Público. Pelo contrário, ainda que possua tal independência, o Agente Ministerial deve atuar nos estritos limites do ordenamento jurídico, sempre em busca do interesse público e sem se deixar levar por interesses que reflitam meras convicções pessoais.

Nesse sentido, entendo que o Conselho pode e deve examinar o posicionamento jurídico externado pelos Membros do Ministério Público, para que, num juízo objetivo, possa avaliar se determinada atuação se baseou verdadeiramente no ordenamento jurídico e na busca do interesse público ou se, pelo contrário, se fundamenta em uma crença pessoal ou ideológica nem sempre consentânea com os postulados de um Estado Democrático de Direito.

É, de fato, um juízo difícil de ser realizado, mas, sem dúvida alguma, necessário para que o Conselho cumpra fielmente seu papel constitucional. Na espécie, concordo com o posicionamento externado pela Corregedoria Nacional, no sentido da existência de indícios suficientes de materialidade e autoria para a instauração de PAD, considerando, em tese, que o reclamado “desempenhou com falta zelo e presteza as funções ministeriais, o que causou inegável desprestígio ao Sistema de Justiça, prejudicou a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No mais, inobservou um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consistente

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GABINETE DA CONSELHEIRA SANDRA KRIEGER GONÇALVES

na promoção do bem de todos, sobretudo da família, tenha ela qualquer dos seus arranjos, sem preconceito de sexo ou qualquer outra forma de discriminação”.

Por todo o exposto, considerando que: a) o princípio da independência funcional comporta limites, não impedindo a responsabilização disciplinar do Membro em relação a atos praticados no exercício da atividade-fim; b) a responsabilização disciplinar se justifica nos casos em que há “distorção dolosa ou imprudente do direito”; c) que as condutas praticadas pelo Membro reclamado, em tese, podem enquadrar-se nas hipóteses referidas; VOTO no sentido de REFERENDAR A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR contra o Promotor de Justiça CLÓVIS JOSÉ BARBOSA FIGUEIRA, nos termos da Portaria de Instauração da lavra do Exmo.

Corregedor Nacional do Ministério Público.

Brasília, 26 de maio de 2020.

(Documento assinado digitalmente)

SANDRA KRIEGER GONÇALVES

Relatora