

4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEBATE

4.5.1 As listas de merecimento e o eterno consecutivo

William Garcia Pinto Coelho

*Promotor de Justiça
Ministério Público de Minas Gerais*

Resumo: O Ministério Público deve tratar de forma exemplar as questões administrativas internas, constituindo o delineamento da movimentação na carreira pelo critério do merecimento um desafio. O Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais incluiu no enunciado de Súmulas matéria relativa à consecutividade de listas de merecimento. O item 6, do enunciado 21 é inconstitucional, por violação de normas-regra constitucionais de movimentação na carreira, que não se prestam à indevida flexibilização empreendida pelo enunciado, devendo ser cancelado mediante atividade de autotutela administrativa.

Sumário: 1 Penélope e o provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento 2 Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público e o privilégio do eterno consecutivo 3 Filtragem constitucional do Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público 4 Conclusões – Referências Bibliográficas.

1 Penélope e o provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento

Seguramente, o Ministério Público foi uma das instituições mais fortalecidas e prestigiadas com a promulgação da Constituição da República de 1988, sem paralelo à época no direito comparado¹, constituindo suas garantias e atribuições cláusulas superconstitucionais².

Entendido o Ministério Público como verdadeiro “órgão de direta extração constitucional, agente de transformação social”³, é imperiosa a busca de legitimação social da instituição, inclusive mediante a otimização do tratamento das questões administrativas interna corporis, eis que na dicção filosófica de Sêneca, “o exemplo convence-nos mais do que as palavras”.

Ao contrário do provimento originário no cargo de Promotor de Justiça, que já alcançou razoável sedimentação com a obrigatoriedade do concurso público⁴, o delineamento do provimento derivado através da promoção e remoção dos membros do Ministério Público pelo critério do merecimento constitui verdadeiro desafio institucional.

Sem embargo dos indiscutíveis avanços dos últimos anos, tal como a tessitura de Penélope, que se faz e refaz, revisitando sempre os mesmos pontos, a questão ainda deve ser (re)discutida com seriedade.

2 Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público e o privilégio do eterno consecutivo

Visando ao aperfeiçoamento institucional, o Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais incluiu nos enunciados de súmulas questões afetas à movimentação na carreira⁵.

Consta no item 6, do enunciado 21: “o candidato remanescente que venha a se inscrever⁶ em todas as listas formadas e que não tenha o seu nome apreciado em razão de critérios de preferência constitucional não perderá a sua consecutividade”.

Como se depreende de uma análise atenta de recentes precedentes do Conselho Superior do Ministério Público mineiro, a aplicação referido enunciado acarreta situações inusitadas, conferindo odioso privilégio ao candidato que não preenche requisitos constitucionais, em detrimento daqueles que os preenchem, eis que reconhece consecutividade de listas de merecimento em casos que, a rigor, haveria alternância.

A pretendida elasticidade do conceito constitucional de listas consecutivas pode redundar em indevida blindagem na consecutividade de candidato que ostenta situação menos privilegiada, criando a exótica figura do eterno consecutivo.

Recorrendo à eloquência do exemplo, suponhamos que

¹ Conforme enfatizado pelo ex Procurador-Geral da República e ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, “um tratamento constitucional de riqueza inédita, em termos de abrangência e densidade normativa, no Brasil e alhures, seja sob o prisma da organização e da autonomia da instituição em relação aos Poderes do Estado, seja sob o estatuto básico das garantias e das atribuições dos seus órgãos de atuação” (v. STF, MS 21.239, 05.06.1991, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 147/104, 129)

² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais*. In: MPMG Jurídico, 8, p. 10-17.

³ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 71.

⁴ Artigos 37, inciso II, e 129, § 3º, da Constituição da República.

⁵ Art. 57 RICSMP

⁶ A rigor, na dicção do artigo 22 do Regimento Interno do Conselho Superior do Ministério Público, o ato de inscrição do candidato refere-se à “vaga existente na carreira do Ministério Público” e não às listas.

se inscrevam para remoção ou promoção pelo critério do merecimento cinco candidatos remanescentes de listas anteriormente formadas, sendo que apenas quatro ostentam dois anos de exercício na entrância e integram a primeira quinta parte da lista de antiguidade. Três candidatos que preenchem os pressupostos constitucionais comporiam a lista. O quarto candidato que preenche os pressupostos constitucionais não comporia lista e perderia eventual consecutividade das listas anteriores. Por outro lado, o quinto candidato que não preenche os pressupostos constitucionais, também não comporia a lista, entretanto, segundo consta no enunciado 21, manteria eventual consecutividade das listas anteriores, eis que teria sido preterido por critérios de preferência constitucional.

Se no momento da formação da lista, o preenchimento dos pressupostos constitucionais acarreta a preferência do candidato, num segundo momento ocasiona situação desprivilegiada, com a perda da consecutividade. Já o candidato que não preenche os pressupostos constitucionais, apesar de ser preterido na formação da lista, paradoxalmente é beneficiado com a manutenção da consecutividade.

3 Filtragem constitucional do Enunciado 21 do Conselho Superior do Ministério Público

Com a superação do positivismo legalista e a ascensão da idéia de que a Constituição ostenta força normativa⁷, o fenômeno da filtragem constitucional propõe que as normas constitucionais se irradiem por todo o ordenamento jurídico, revisitando institutos e fixando novos paradigmas para a hermenêutica jurídica. A Constituição passa a “funcionar como a lente, o filtro através do qual se deve olhar para o Direito de uma maneira geral”⁸.

Neste diapasão, propõe-se a filtragem constitucional da assertiva formulada no item 6, do enunciado ora analisado, sobretudo à luz das normas constitucionais do artigo 93, inciso II, alíneas a e b, da Constituição⁹.

Inicialmente, cumpre investigar a aplicação prática da expressão “critérios de preferência constitucional” e a sua verdadeira extensão. Os precedentes do Conselho Superior do Ministério Público de Minas Gerais apontam três critérios de preferência constitucional, quais sejam, a) dois anos de exercício na respectiva entrância; b) integrar a quinta parte da lista de antiguidade; c) vitaliciedade.

Entretanto, a rigor, apenas os dois primeiros critérios, chamados de cláusulas de barreira¹⁰, ostentam natureza de pressupostos constitucionais para o provimento derivado pelo critério do merecimento na carreira do Ministério Público. Isto porque consta no artigo 93, inciso II, alínea b, da Constituição¹¹ que “a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade”.

A vitaliciedade, por seu turno, alcançada após dois anos de exercício, tem natureza de garantia constitucional outorgada aos membros do parquet, “estritamente vinculada à relevância das funções que lhe foram atribuídas e à necessidade de assegurar a independência de seu exercício”¹².

Não é legítimo pretender inovar na criação de mais um “critério de preferência constitucional”, identificando o vitaliciamento como um *tertium genus*, não previsto nos dispositivos constitucionais que tratam da movimentação na carreira pelo critério do merecimento.

Identificados os “critérios de preferência constitucional”, cumpre analisar o termo “consecutividade” constante no enunciado.

O artigo 93, inciso II, alínea a, da Constituição¹³ determina a obrigatoriedade do provimento derivado pelo critério do merecimento quando o candidato “figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”.

Objetivando superar as vicissitudes do positivismo legalista, STRECK¹⁴ propõe mudança de paradigmas hermenêuticos, afirmando que “para interpretar, precisamos compreender”. Na hipótese, a (pre)compreensão da expressão “listas consecutivas” estampada na Constituição deve ser realizada cum grano salis, para adequada aferição da conformidade do enunciado.

Destarte, diz-se consecutivo aquele que segue outro, que é imediato, consequente¹⁵. Neste diapasão, é inequívoco o preceito constitucional no sentido de que somente é obrigatória a promoção ou remoção daquele que figure por três vezes consecutivas em lista de merecimento, ou seja, em três listas que se seguem imediatamente, uma após a outra, lista após lista, sem intervalos. Identificado qualquer intervalo, há alternância, não consecutividade.

O conceito de listas consecutivas é unívoco, não se presta

⁷ “A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de lhes dar aplicabilidade direta e imediata.” (BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: Temas de direito constitucional – tomo III/Luis Roberto Barroso – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.4). Sobre o conceito de *força normativa*, v. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991. (trata-se de aula inaugural proferida por Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959).

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito*. In: Temas de direito constitucional. tomo III/Luis Roberto Barroso – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 509.

⁹ Aplicáveis ao Ministério Público por força do artigo 129, § 4º, da Constituição da República.

¹⁰ A consagração das referidas cláusulas de barreira constituem conquistas históricas da magistratura nacional com vistas ao aperfeiçoamento da movimentação na carreira.

¹¹ Semelhante previsão na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 61, inciso IV, da Lei nº 8.625/93), na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 200, § 1º, da LC nº 75/93) e na Lei de organização do Ministério Público de Minas Gerais (art. 187 e 193 da LC Estadual nº 34/93).

¹² GARCIA, Emerson. *Ministério público - organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005. p. 437.

¹³ Idêntica previsão Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 61, inciso III, da Lei nº 8.625/93), na Lei Orgânica do Ministério Público da União (artigo 200, § 3º, da LC nº 75/93), na Lei de organização do Ministério Público de Minas Gerais (art. 190 e 193 da LC Estadual nº 34/93) e no artigo 2º, parágrafo único da Resolução CNMP nº 02/2005.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.

¹⁵ CONSECUTIVO. In: Novo Dicionário Eletrônico Aurélio da Língua Portuguesa versão 5.0.

à multiplicidade de sentidos e não comporta exceções, não sendo possível ampliar-lhe o alcance, sob pena de esvaziamento do comando constitucional.

Oportuno recordar classificação das normas constitucionais em normas-princípio e normas-regra. As normas-princípio, verdadeiros mandados de otimização em favor de certos interesses, contêm relatos de maior grau de abstração e generalidade, ostentando dimensão de peso¹⁶, podendo ser objeto de lei da ponderação de interesses no caso concreto¹⁷. Já as normas-regra, menos abstratas e com maior densidade normativa e especificidade, relatam hipóteses do que é obrigatório, permitido ou proibido e, por isso, prestam-se à subsunção, operando-se na lógica do tudo ou nada (ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida), com limitado espaço para ponderação. Neste sentido, conclui BARROSO¹⁸ acerca do perfil hermenêutico das normas-regras:

“embora a atividade do interprete jamais possa ser qualificada como mecânica – pois cabe a ele dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real –, a aplicação de uma regra normalmente não envolverá um processo de racionalização mais sofisticado.”

É o que ocorre com a interpretação do artigo 93, inciso II, alínea a, da Constituição, entendido como norma-regra constitucional. Não se objetiva o apego à interpretação literal, mas o reconhecimento de que a compreensão gramatical, sobretudo no caso de normas-regra, deve servir de ponto de partida e de limite para a atividade do hermenêuta. O significado do vocábulo consecutivo não se presta à multiplicidade de sentidos. Na interpretação não é legítimo esvaziar o conteúdo semântico, sob pena de usurpação do poder constituinte. Consecutivo é consecutivo, não há espaço para valoração do intérprete.

A interpretação extensiva não pode ser empregada, porquanto se destina a permitir a aplicação de uma norma a circunstâncias, fatos e situações que não estão previstos, ao argumento de que a lei teria dito menos do que gostaria (*lex dixit minus quam voluit*). No caso, a posição de antagonismo semântico entre os termos consecutivo e alternado previstos na regra constitucional complementam o raciocínio da identificação da *mens legis*, afastando a possibilidade de excepcionar ou alargar a consecutividade, sob pena de esvaziar a alternância.

Impossível, ainda, dar-se interpretação conforme a Constituição, eis que tal técnica só é aplicável quando a norma admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que se compatibilize com a Constituição, e não quando o sentido do texto constitucional é unívoco.

Assim, não bastasse o extravasamento do espaço hermenêutico, com a criação de um *tertium genus* não previsto nas disposições constitucionais (vitaliciedade), o indevido alargamento da norma-regra que prevê as listas consecutivas, macula o item 6, do enunciado 21, da súmula do Conselho Superior de

insuperável inconstitucionalidade.

Com efeito, considerando que o enunciado ostenta natureza jurídica de ato administrativo, submetido a arcabouço jurídico específico, identificada a sua inconstitucionalidade, incumbe ao Conselho Superior do Ministério Público proceder ao seu cancelamento, na dicção do artigo 57, § 4º, do RICSMP. Inteligência do princípio da autotutela da administração pública¹⁹. Aliás, conforme lição de CARVALHO FILHO²⁰, “não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada”.

4 Conclusões

1. O Ministério Público foi uma das instituições mais fortalecidas com a promulgação da Constituição da República de 1988, devendo servir de exemplo no tratamento das questões administrativas internas.

2. O delineamento do provimento derivado na carreira do Ministério Público pelo critério do merecimento constitui desafio institucional, devendo ser objeto de filtragem constitucional.

3. A Constituição da República prevê dois pressupostos para o provimento derivado pelo critério do merecimento, quais sejam, dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade, não sendo legítimo inovar com um *tertium genus*, apontando a vitaliciedade como critério de preferência constitucional no merecimento.

4. O item 6, do enunciado 21 de Súmulas do Conselho Superior enseja situação paradoxal, estabelecendo regra que pode privilegiar indevidamente candidato à promoção ou remoção pelo critério do merecimento que não preenche os pressupostos constitucionais, criando a figura do eterno consecutivo.

5. A obrigatoriedade de promoção pelo critério do merecimento quando o candidato figure em três listas consecutivas têm natureza jurídica de norma-regra constitucional, sendo a expressão listas consecutivas unívoca, incidindo na forma do tudo ou nada, não ostentando dimensão de peso para valoração do intérprete.

6. A ampliação da consecutividade de listas pelo enunciado do Conselho Superior do Ministério Público é inconstitucional, eis que esvazia a distinção entre consecutividade e a alternância, flexibilizando norma que o Constituinte Originário, pela técnica de normatização que utilizou (norma-regra), queria menos flexível.

7. Identificada a inconstitucionalidade, em atividade de auto tutela, incumbe ao Conselho Superior do Ministério Público o cancelamento do item 6, do enunciado 21 de Súmulas, na dicção do artigo 57, § 4º, do RICSMP.

¹⁶ Sobre a “fórmula do peso”, v. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: livraria do advogado, 2007.

¹⁷ Interessante consultar SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.* p. 17.

¹⁹ Súmula 346 do STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001. p. 19.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. As atribuições e as garantias constitucionais do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais. In: MPMG Jurídico, 8, p. 10-17.
- BARROSO, Luis Roberto. Temas de direito constitucional. tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2001.
- GARCIA, Emerson. Ministério público- organização, atribuições e regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 437.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. rev., ampl. e atual. pela NBR 14.724 e atual. pela ABNT 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. O Ministério Público e o estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 71.
- _____. Curso de princípios institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.
- MARCONI, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria. Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6. ed. – 7. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 6.