

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

3.1 COMENTÁRIO À DECISÃO DA PRESIDENTE DO STF — SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE LIMINAR N.º 134 – PROMOTORES DE JUSTIÇA – POSSIBILIDADE DE CANDIDATURA AO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

RENATO FRANCO DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais
Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça
Especialista em Direito Público

Mestre em Direito e Instituições Políticas
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*

Professor de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu*
Membro do Conselho Editorial da Revista *De Jure*

1. Decisão Escolhida para o Comentário

A decisão sobre a qual iremos tecer alguns comentários, não obstante ter sido proferida em sede de suspensão de efeitos de liminar, revela-se de inimaginável importância para os membros do Ministério Público de todo o país, uma vez que se relaciona com a possibilidade de inscrição e efetiva participação, como candidatos, de Promotores de Justiça no processo eleitoral para a escolha do Procurador-Geral de Justiça.

Trata-se de pedido de Suspensão de Liminar n.º 134 aviado pelo Estado de Sergipe, com fundamento no art. 4º da Lei n.º 4.348/64, pleiteando a suspensão da execução dos efeitos de liminar concedida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, na Medida Cautelar n.º 12.082/SE, a qual assegurou aos Promotores de Justiça do Estado de Sergipe a *inscrição e participação no processo eleitoral para elaboração da lista tríplice para escolha do Procurador-Geral de Justiça, até o julgamento do mérito da referida cautelar*.

O pedido foi deferido pela eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal para suspender a execução da liminar concedida pelo STJ, proibindo, dessa forma, a candidatura de Promotores de Justiça ao cargo de Procurador-Geral de Justiça do Estado de Sergipe.

2. Justificativa

Entendemos que a escolha da decisão a ser comentada justifica-se pela discussão que fomenta, mormente pelo fato de que em alguns Estados o membro do *Parquet* de 1ª instância – Promotor de Justiça – está impedido de participar como candidato do plei-

to eleitoral para o cargo de Procurador-Geral de Justiça pela sua própria lei de organização, como ocorre, v. g., em Minas Gerais (art. 5º, § 1º, LC 34/94), no Rio Grande do Sul (art. 4º, § 1º, Lei n.º 7.669/82) e no Sergipe (art. 8º LC n.º 02/90).

A outro giro e para fomentar a celeuma sobre o tema, em outros Estados da Federação, esses mesmos Promotores de Justiça podem, livremente, participar do processo eleitoral mencionado, direito conferido também pelas respectivas Leis de Organização, v. g., no Acre (art. 6º, *caput*, LC n.º 08/83), em Goiás (art. 5º, *caput*, LC n.º 25/98), em Alagoas (art. 8º, *caput*, LC n.º 15/96), no Rio de Janeiro (art. 8º, *caput*, LC n.º 106/2003).

Daí a escolha da decisão a ser comentada se justificar também pela divergência estabelecida entre as leis de organização de vários Ministérios Públicos, no afã de se reconhecer, à luz das cláusulas constitucionais pertinentes, quais dessas leis são as mais compatíveis com o texto constitucional.

3. Comentário

3.1 Aspectos Introdutórios e Delimitação da Questão

A Constituição da República, em seu artigo 128, § 3º, estabelece que os Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados serão escolhidos mediante lista tríplice, *dentre os integrantes da carreira*, e nomeados pelos respectivos Governadores. De seu turno, a Lei Federal n.º 8.625/93, que faz as vezes de norma geral em relação aos Ministérios Públicos Estaduais, determina, em seu artigo 9º, sem mudança de texto relevante, o mesmo processo para a escolha do Procurador-Geral de Justiça dos Estados.

Não obstante e como já mencionado, algumas leis de organização estaduais, ao complementar a legislação federal de regência e conformar a Constituição, estabeleceram que somente poderão participar daquele pleito membros do *Parquet* de 2ª instância, isto é, Procuradores de Justiça.

Como se divisa, a questão controvertida radica em se saber se há inconstitucionalidade de algumas leis de organização, quando limitam a possibilidade de candidatura ao cargo de Procurador-Geral de Justiça aos Procuradores de Justiça, ou se, não obstante a restrição legal para aquele pleito, podem essas leis conviver harmoniosamente com o texto constitucional, entendimento que restou consignado na decisão monocrática sobre a qual teceremos considerações.

3.2 Da Aplicabilidade e dos Efeitos das Normas Constitucionais

Delimitada a questão, divisa-se que ela traduz, sob quaisquer perspectivas, controversia de maior complexidade. A despeito da mácula que se perfaz, a nosso aviso, ao princípio democrático pelas leis que restringem o acesso ao cargo de Procurador-

Geral de Justiça a Procuradores de Justiça, pensamos que a *vexata quaestio* pode ser resolvida tão-somente no âmbito da aplicabilidade e da eficácia das normas constitucionais, bem como quanto ao grau de liberdade de conformação constitucional que o legislador ordinário possui, em razão do teor da imposição constitucional prevista para a matéria (art. 128, § 3º, CF/88).

Art. 128. [...]

§ 3º - Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista triíplice *dentre integrantes da carreira*, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução (grifo nosso).

Divisa-se facilmente que o parágrafo constitucional encerra, às escâncaras, o que, na classificação do Professor Silva (2001), ilustre constitucionalista, denomina-se *normas de princípio institutivo*, cuja *eficácia é limitada e sua aplicabilidade mediata*. Com efeito, tais normas são aquelas, ainda na linguagem do constitucionalista paulista, que: “[...] contém *esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades*, pelo que também poderiam chamar-se *normas de princípio orgânico ou organizativo*.” (SILVA, 2001, p. 123, grifo do autor).

Vale dizer: “[...] têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos.” Está na conveniência do legislador constituinte disciplinar a organização das instituições constitucionais, mas “[...] por razões várias, e até de pressão, limita-se a traçar esquemas gerais (princípios, como começo) sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na norma mesma.” (SILVA, 2001, p. 125).

No que concerne aos seus elementos caracterizadores, informa ainda o juspublicista que: “A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.” (SILVA, 2001, p. 123). Percebe-se, portanto, que as normas constitucionais que criam instituições são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, carecendo de legislação ordinária (complementar ou ordinária) para a sua perfeita execução.

Surge daí o problema relativo ao grau de liberdade de densificação permitido ao legislador infraconstitucional. Impende reconhecer, no particular, que o legislador infraconstitucional terá maior ou menor grau de liberdade na conformação da cláusula segundo os próprios termos da diretriz posta no texto constitucional, já que, por vezes, a Constituição deixa ao legislador ordinário ampla margem de conformação, em ou-

tras oportunidades, vincula o texto da norma ordinária concretizadora. Silva (2001, p. 123, grifo do autor) esclarece a distinção:

Umas deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, como a do § 2º do art. 18 da Constituição, segundo o qual *a criação de Território, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulamentadas em lei complementar*; outras já indicam o conteúdo da lei como a do art. 33 – “A lei disporá sobre a *organização administrativa e judiciária* dos Territórios” –, ou, ainda, a do § 2º do art. 90: “A lei regulará a *organização* e o *funcionamento* do Conselho da República” (igual disposição consta do § 2º do art. 91 para o Conselho de Defesa Nacional); ou a do art. 113: “A lei disporá sobre a *constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício* dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de trabalhadores e empregadores.”

Tal fenômeno alcança aquilo que Canotilho (2001, p. 249, grifo do autor) denominou de *vinculação constitucional*, que, segundo ainda o constitucionalista luso:

A vinculação constitucional é uma vinculação através da fundamentação e não através de simples limites. Por outras palavras: a vinculação constitucional implica a determinação positiva dos actos legislativos pelas normas constitucionais.

E clarifica:

A constituição, ao dar ao Estado uma conformação juridicamente concreta não se limita a simples contornos negativos — como pretende a teoria dos limites — dos poderes estaduais, nem a impor ao legislador a prossecução do <interesse público>, do <bem comum>, do <aumento da qualidade de vida>, com base directivas tão vagas como a ideia de <justiça>, de <solidariedade> ou de <direito>. Ela define, mais ou menos detalhadamente, os fins do Estado, os princípios materiais norteadores da sua realização e as tarefas dos órgãos estaduais. A prossecução destes fins e o cumprimento destas tarefas não se concebem, no Estado de Direito Democrático-Constitucional, sem um fundamento jurídico-constitucional concreto.

Finalizando, lembra o Professor de Coimbra (2001, p. 251) que não se trata de mera discricionariedade do legislador infraconstitucional, encerrando a atividade legislativa um ato normativo vinculado na medida das proposições insertas na Constituição.

A legislação não é jurídico-constitucionalmente livre, mas tão-pouco é heteronomamente determinada no sentido de uma simples discricionariedade; na segunda hipótese, sobressai a ideia

de direcção ou força dirigente positiva da constituição e, consequentemente, da vinculação jurídico-constitucional positiva dos actos legiferantes.

Como é perceptível, o legislador ordinário ficará condicionado (vinculado, na linguagem de Canotilho) aos termos do texto constitucional, exatamente em razão do princípio da supremacia da Constituição. Na hipótese em exame, observa-se que a cláusula constitucional (art. 128, § 3º, CF/88) ao estatuir que o Procurador-Geral de Justiça será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo Estadual em lista tríplice composta por *integrantes da carreira*, vincula a legislação infraconstitucional aos seus dizeres, quando confere elegibilidade a todos os membros do *Parquet* para o cargo de Chefe da Instituição, condições inafastáveis pelo legislador ordinário ao conformar o dispositivo constitucional.

Ora, a densificação do conceito de *integrantes da carreira* não pode causar maiores polémicas: é integrante da carreira ministerial aquele que logrou êxito no concurso, foi nomeado, tomou posse e entrou em exercício no cargo de Promotor de Justiça substituto. Enfim, todos os seus membros. Daí se infere o equívoco perpetrado pela decisão proferida pela eminente Presidente da nossa Suprema Corte, ao afirmar:

Conforme autoriza a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do pedido de suspensão de decisão (SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001, dentre outros), em um juízo mínimo de delibação, assevero que o art. 128, § 3º, da Constituição Federal determina que os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formem lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral. No caso, a Lei Complementar estadual 02/90 (fls. 135-151), regulando referido processo de escolha, no seu vigente e eficaz art. 8º, preceitua que o Procurador-Geral de Justiça é “*nomeado para um mandato de 02 (dois) anos, dentre uma lista tríplice integrada de Procuradores de Justiça*” (fl. 140). Assim, existindo a lei estadual referida no citado art. 128, § 3º, da CF, considero ofensiva à ordem jurídica decisão que não observa mencionada norma estadual.

Vislumbra-se, na decisão proferida, fenômeno muito bem exposto por Canotilho, denominado *legalidade da constituição*, no qual se confere prevalência ao texto legal em detrimento ao quanto estatuído no corpo constitucional. Ensina o eminente constitucionalista (2001, p. 385, grifo do autor):

O fenómeno da substituição da <constitucionalidade das leis pela legalidade da constituição> deriva do <preenchimento> das normas <abertas> da constituição através de conceitos, ideias e tradições radicados no direito legal infraconstitucional. A inversão do *princípio da constitucionalidade das leis* – a forma e o

conteúdo dos actos legiferantes devem estar em conformidade com a constituição – no sentido do *princípio da legalidade da constituição*, radica no facto de a <generalidade>, <abertura> e <indeterminabilidade> de muitas normas constitucionais implicar uma <falta de autonomia> (hoje dir-se-ia: falta de <densidade vinculativa>), conducente, em último termo, à legalização da própria dimensão material dos preceitos constitucionais. O conteúdo constitucional passa a conteúdo <legalmente derivado>; a constituição é mais um <concentrado legal> (LERCHE) do que uma determinante material heterónoma e hierarquicamente superior.

Não obstante a vagueza das determinações constitucionais, impende convir que o legislador ordinário, ainda assim, está condicionado (vinculado) pelos significados predeterminados no corpo constitucional, inafastáveis, sob pena da legalização da Constituição. Ao fim, impõe-se convergir para a inconstitucionalidade das leis de organização dos Ministérios Públicos estaduais que reduzem o texto constitucional – hierarquicamente superior – em sua vinculação, obrando em divergência ao quanto fixado em suas cláusulas – por sinal, impositivas – no sentido de restrição da elegibilidade dos membros ministeriais ao cargo de Chefe da Instituição.

4. Conclusões

Inferimos, do exposto, alguns pontos que devem ser evidenciados:

1. as cláusulas constitucionais organizativas – ou de princípio institutivo – são de eficácia limitada e aplicabilidade mediata;
2. o legislador infraconstitucional possui variados graus de liberdade na conformação constitucional, segundo os termos preceituais no documento superior inscritos;
3. não há espaço para a legalidade da Constituição onde a ambiência constitucional é dirigente, uma vez que nela o âmbito de conformação, pelo legislador infraconstitucional, é restrito pelas determinações, princípios e imposições constitucionais.

Concluimos, dessarte, que o deferimento do pedido de suspensão dos efeitos da liminar subverte toda arquitetura constitucional plasmada no documento promulgado em 1988, privilegiando norma de hierarquia inferior e instituindo o fenómeno da legalidade da Constituição. Com isso, discordamos inteiramente do teor da decisão comentada.

5. Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.