

A análise dos princípios que norteiam a promoção e remoção por merecimento ^(*)

DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE ^(**)

1. O fundamento de validade das leis. 2. Os princípios da Constituição em sistema com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 3. A regra do Quinto Constitucional para promoções e sua adequação ao princípio do provimento originário. 4. A dupla penalização do membro do Ministério Público que opta pelo atendimento do interesse público no desempenho de sua função.

1. O fundamento de validade das leis

A Constituição é o ponto de partida de um processo de criação do Direito positivo. A *Grundnorm*, ou lei fundamental dos alemães, é a fonte comum de validade de todas as normas da mesma ordem normativa. A lei magna fornece o fundamento de validade, a legitimação e o processo para a elaboração e o conteúdo dos preceitos que formam esse sistema infraconstitucional. ⁽¹⁾

Afirma Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, que "a lei fundamental é o fundamento de validade de todas as outras pertencentes à mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas. Esta unidade também se exprime na circunstância de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem". ⁽²⁾

Ligados à carreira do Ministério Público, a Constituição da República estabelece dois princípios básicos.

O primeiro deles é o da identidade do Promotor de Justiça com a comunidade que representa, pois o parágrafo segundo do art. 129 impõe o dever de residência na comarca, ao estabelecer:

"Par. 2º - As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que

^(*) Tese aprovada no 13º Congresso Nacional do Ministério Público.

⁽¹⁾ LUIZ FABIÃO GUASQUE. *Direito Público - Temas Polêmicos*, p. 83.

⁽²⁾ HANS KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, Antônio Amado-Editor, sucessor - Coimbra, 4ª ed., p. 285.

deverão residir na comarca da respectiva lotação."

Esta proposição jurídica, para usar a linguagem de Kelsen, deve ter a interpretação mais ampla possível, pois, além de tratar-se de norma constitucional que impõe comportamento a uma determinada função essencial da soberania do Estado, a expressão de identidade entre o Promotor de Justiça e sua comunidade também pode se dar pela atuação prolongada em órgãos de execução.

É importante observar que a expressão "residência" não tem o sentido técnico-jurídico que lhe é contraposto pelo domicílio.

Isto porque a Constituição é a lei para o povo, e não deve conter expressões com sentido técnico-jurídico, sob pena de não ser compreendida pelos destinatários de seus preceitos.

O segundo princípio contido na Lei Magna é o do provimento originário no cargo de Promotor de Justiça, conforme o parágrafo 3º do art. 129:

"Par. 3º – O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação."

2. Os princípios da Constituição em sistema com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público

Seguindo o sistema traçado pela Constituição da República, o art. 61, inciso II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, claramente, estabelece preceitos que devem ser seguidos na aferição para promoções e remoções de Promotores de Justiça.

O primeiro deles refere-se ao critério da antigüidade, ao estabelecer:

"Art. 61 – A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

.....
II – apurar-se-á a antigüidade na entrância"

Mas, para o critério merecimento, estabelece a lei o princípio da antigüidade na carreira, ao determinar:

... e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva. ...

Como se pode ver, estabelece a lei, logo de início, princípios básicos para a aferição das remoções ou promoções por merecimento.

Como regra, a **prevalência de critérios objetivos, como princípio norteador da escolha por merecimento, deve considerar a antigüidade na carreira como o principal norteador, de forma a responder a seguinte indagação: de todos os concorrentes por merecimento, quem entrou primeiro no Ministério Público seguindo o princípio do provimento originário contido na Constituição?**

Respondido este quesito, que objetivamente assegura o direito subjetivo de concorrer às vagas para promoção ou remoção **por merecimento**, passam-se aos demais.

Dentre eles, apresentam-se:

... levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais,

...

Todos, como se pode ver, critérios que envolvem grande parcela de subjetivismo, e, desta forma, dependem de regulamentação, para que sua análise não fuja à determinação de aferição do merecimento com prevalência de critérios objetivos, como manda a lei.

Mas, logo após, estabelece o preceito outro *critério de ordem objetiva*, desde que determinado de forma *quantitativa* ao estabelecer como outras formas de aferição:

"... o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a freqüência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento; "

Desta forma, é forçoso concluir que, na hipótese de concurso de vários Promotores de Justiça a uma vaga de remoção ou promoção por merecimento, segundo o comando da lei, deverão obrigatoriamente concorrer *os mais antigos na carreira que fazem parte do quinto para promoção ou a consideração desta realidade para os que figuram na lista dos concorrentes para remoção.* ⁽³⁾

Para complementar a lista, devem ser sopesados objetivamente os critérios quantitativos referidos anteriormente.

A não observância dos critérios de objetividade impostos pela lei determina a motivação das razões de sua não aplicabilidade, de forma a possibilitar seu controle.

⁽³⁾ Nesta hipótese, incluem-se os Procuradores de Justiça.

A necessidade é imposta pela Constituição da República, que, no seu art. 37, estabelece a regra geral, dirigida a todos os Poderes do Estado ou funções essenciais da soberania, ao determinar:

"Art. 37 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte:"

O princípio da motivação, que havia sido inserido no projeto da Carta da República, foi retirado sob o argumento de que o da moralidade já o incluía.

Tal regra foi, inclusive, expressamente imposta ao Poder Judiciário, quando, no art. 93, inc. X, determina que *"as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria de seus membros"*.

Tal preceito, não inserido expressamente na Lei Maior, face a sua clara aplicabilidade ao Ministério Público, veio repetido no par. 1º do art. 15 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional), onde estabelece que *"As decisões do Conselho Superior do Ministério Público serão motivadas e publicadas, por extrato, salvo nas hipóteses legais de sigilo ou por deliberação da maioria dos integrantes"*.

Como se pode ver, o regime de liberdades públicas, imposto pela Constituição da República, determina a mais completa transparência nas decisões administrativas de qualquer dos chamados Poderes do Estado, ou melhor, das funções essenciais da soberania, onde, indubitavelmente, inclui-se o Ministério Público.

A Lei Orgânica Nacional do *Parquet*, em observância aos princípios básicos de um regime democrático, estabelece claramente como regra critérios objetivos para a promoção e remoção por merecimento, que devem ser observados e aplicados.

Desta forma, é forçoso concluir que a decisão do Conselho Superior do Ministério Público que não considerar tais preceitos objetivos deve ser motivada, sob pena de inconstitucionalidade, por não atendimento aos princípios da legalidade e moralidade administrativa expressos na Constituição da República, além de contrastar com o preceito imposto aos Ministérios Públicos dos Estados pela Lei Orgânica Nacional.

É de se notar que o critério da lei ordinária federal de aferição do merecimento na carreira complementa o preceito do art. 129, § 2º da Constituição da República, que, pela sua importância, foi inserido como regra imposta pela Lei Maior ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Interpretar é trazer à luz todos os elementos que uma idéia compreende, é buscar-lhe o conteúdo. Os alemães falam em *Interpretation*, mas usam também o verbo *auslegen*, que pode traduzir-se por extrair: *aus* – para fora (indica movimento de dentro para fora) e *legen* – pôr, colocar. A interpretação consiste

“Par. 2º – As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na Comarca da respectiva lotação.”

A imposição da residência na comarca nada mais é do que expressão da necessidade de identidade entre o membro do Ministério Público e a comunidade que representa.

Quem já foi Promotor de Justiça em comarca do interior, ou teve atuação prolongada em órgão de execução, pode testemunhar a importância que o tempo de exercício da função pelo mesmo agente do Ministério Público representa para qualquer comunidade interiorana ou para o melhor desempenho profissional do membro do *Parquet*.

No primeiro caso, conhecem-se as pessoas representativas da sociedade local, sua cultura, suas características sociais.

No segundo, o conhecimento prolongado determinará a especialidade do Promotor no seu órgão de execução, tendo como consequência lógica melhor desempenho.

Em ambas as hipóteses, possibilita ao profissional do Ministério Público maior operosidade e dedicação no exercício do cargo, emprestando maior segurança e presteza nas suas ações tanto judiciais como extrajudiciais.

Como se pode ver, até os preceitos de análise subjetiva podem ser realizados face à análise objetiva dos critérios por merecimento.

Ao que parece, o Constituinte Originário considerou esta interação primordial para a missão que cometeu ao *Parquet*, de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da C.R.), a ponto de erigi-la a comando de natureza constitucional.

Esse sentido teleológico de identidade do Promotor de Justiça com o povo que representa, ou o reconhecimento de que a atuação prolongada determina melhor serviço para o povo, foi reafirmado pela legislação infraconstitucional, que, ao estabelecer a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, reconheceu-lhe a importância, ao determinar que a remoção ou promoção por merecimento seja aferida *objetivamente pelo tempo de exercício em toda a carreira* ⁽⁵⁾.

em exteriorizar, mostrar, exhibir, ostentar o conteúdo da norma, trazer à tona o que nele se encerra.

Aplicar é colocar uma coisa em cima de outra. A norma se aplica sobrepondo-se aos casos a que se estende.

A interpretação é processo lógico, pelo qual se precisa e determina o sentido e a vontade da lei. Antecede à aplicação, processo pelo qual se submete o caso à norma legal. (HÉLIO TORNAGHI. *Instituições de Processo Penal*, Vol. I, p. 121).

⁽⁵⁾ Com abundância de exemplos, mostra IHERING que “na interpretação das leis, a jurisprudência antiga não seguia o texto cegamente, sem se preocupar com o resultado. Bem ao contrário, tinha ele o olhar permanentemente voltado para as necessidades da vida prática e sabia interpretar as leis em coerência com essas necessidades.” (par. 49, do *Espírito do Direito Romano*, Vol. 3º, p. 153. Tradução de O. de Meulener, 3ª edição).

Desta forma, dá-se ao Promotor de atuação prolongada no interior ou em qualquer órgão de execução a possibilidade de optar por desenvolver um trabalho com a sua comunidade ou continuar em atuação em órgão ao qual já tenha identidade, recusando promoção, sem que seja penalizado por isso no momento de concorrer a promoções ou remoções *por merecimento*.

Considera-se claramente que a fixação do Promotor de Justiça em sua comarca ou em órgãos de execução é benéfica para a comunidade. Tal circunstância deve ter o reconhecimento do órgão de deliberação (Conselho Superior do Ministério Público) pelo interesse do membro do *Parquet* como expressão do merecimento de quem procura o cumprimento do preceito constitucional.

No Estado do Rio de Janeiro, vários são os exemplos de membros do Ministério Público que recusaram promoções em benefício da comunidade que representam.

No Tribunal do Júri do Rio de Janeiro, o ilustre colega, hoje Procurador-Geral de Justiça, *José Muiños Piñeiro Filho*, recusou promoção para atuar no julgamento final de casos rumorosos, nos quais tinha funcionado desde o início.

O saudoso *Rodolfo Ceglia* foi exemplo de identidade entre a comunidade da cidade do Rio de Janeiro e o Tribunal do Júri.

Sebastião Fador Sampaio, em Cabo Frio, é referência de interação de Promotor de Justiça e comarca interiorana, auxiliando, inclusive, o melhor desempenho de novos colegas que chegam ao interior.

Tânia Maria Sales Moreira, no Tribunal do Júri de Caxias, sempre foi exemplo de identidade e eficiência entre o Ministério Público e a comunidade.

A nossa querida "*Lurdinha*", em São Gonçalo, Medalha do Mérito do Ministério Público e exemplo mais patente de integração do Promotor de Justiça e sua comunidade.

Ricardo Zouein, em Conceição de Macabu, realiza até programas de rádio com a sua comunidade.

Cito esses nomes só para me referir aos mais antigos, pois esses exemplos têm sido seguidos pelos novos integrantes do Ministério Público.

Nota-se, pela análise dos comandos, que seu sentido primordial e teleológico é o benefício da comunidade, o que não poderia ser diferente, pois os membros do *Parquet*, como espécies do gênero funcionário público, pela sua natureza e missão constitucional, têm como dever básico servir ao público. Pensar o contrário, seria admitir que a finalidade da lei é beneficiar a pretensão individual do membro do Ministério Público de ascensão na carreira, em detrimento do interesse público que representa e defende. ⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ O art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, conquanto literalmente se refira à aplicação da lei, não deixa, entretanto, de conter uma regra de interpretação:

"Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum".

3. A regra do Quinto Constitucional para promoções e sua adequação ao princípio do provimento originário

À primeira vista, poderia parecer que o sistema do quinto constitucional se contrapõe ao provimento originário, pois é feito em relação aos integrantes da classe.

Mas é de se notar que sua aplicação se dá em sintonia com o sistema da *promoção por antigüidade na classe* e que a *aferição da mesma hipótese por merecimento se dá na carreira*.

Nesse sentido, a Constituição da República também é clara em garantir ao membro do Ministério Público a manutenção do seu *provimento originário* durante toda a sua carreira.

Isto porque, como afirmamos, a Lei Maior, em sólido desenvolvimento de interpretação sistemática, demonstra esta preocupação ao garantir este princípio.

Como se pode ver, todo o sistema é perfeito em assegurar o provimento originário do cargo de Promotor de Justiça durante toda a sua carreira, em evidente sintonia com os princípios que norteiam as promoções ou remoções por merecimento.

Pensar de outra forma é desconsiderar os preceitos da Constituição da República que asseguram ao membro do *Parquet* tais direitos, beneficiando interesses individuais de seus membros.

Desta forma, podemos afirmar que os preceitos de análise objetiva para aferição dos critérios de promoção ou remoção por merecimento têm aplicabilidade imediata e independem de regulamentação, e a sua não observância, conforme impõe a Constituição, tem que necessariamente ser motivada.

4. A dupla penalização do membro do Ministério Público que opta pelo atendimento do interesse público no desempenho de sua função

Como se pode ver, o não-atendimento dos princípios constitucionais regulamentados pela legislação infraconstitucional leva-nos ao resultado de uma dupla penalização ao integrante do Ministério Público que o observa.

Suponhamos que qualquer dos ilustres colegas referidos anteriormente, após a realização da finalidade imposta pelo Constituinte, opte pela saída de seu órgão de execução.

Ao fazer isso, *terá perdido sua antigüidade na classe, e, desta forma, será preterido em todas as vagas que forem abertas para promoções ou remoções por antigüidade*.

Mas, concorrerá *como o mais antigo na carreira, em todas as promoções ou remoções por merecimento*, preservando-se, assim, o seu provimento originário.

A interpretação de forma diversa do que rezam a Constituição e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público determinará não só a perda da antigüidade

na classe, mas também a antigüidade na carreira, o que traduz inconstitucionalidade, face à não aplicabilidade do princípio do provimento originário do cargo, além da não observância do preceito da lei infraconstitucional.

Além disso, a interpretação não deve ser tal que leve à injustiça, pois é de presumir que a lei seja instrumento de justiça⁷⁰.

Por tudo isso, o intérprete deve pesquisar o fim colimado pela norma legal. Daí o nome dado a esse trabalho intelectual: interpretação teleológica (teleologia é o estudo das causas finais).

Cumpra não esquecer que a lei é o meio para alcançar um fim e que, portanto, é preciso conhecer esse fim, isto é, o alvo a que a lei mira.

Se a simples perquirição gramatical não é concludente, se deixa dúvida no espírito do intérprete, cumpre averiguar a finalidade da norma, nunca esquecendo, sobretudo, "dos fins sociais a que ela se dirige e das exigências do bem comum" (Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, art. 5º).

⁷⁰ A propósito, pode-se recordar a passagem de CELSO: "conhecer as leis não é entender-lhes as palavras, mas a força e o poder", isto é, o sentido e a eficácia (*scire leges non (hoc) est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, 17 D. 1,3).

(*) DENISE FREITAS FABIÃO GUASQUE é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.