

SEM REVISÃO

O sistema de promoção por merecimento na visão dos Tribunais Superiores

Humberto Ibiapina Lima Maia^(*)

Promotor de Justiça – CE

Duas são as modalidades de promoção, a Antiguidade e o Merecimento. A primeira é por demais objetiva e matemática, devendo comparar-se datas de ingresso na carreira ou na entrância, para se descobrir o mais antigo.

Já a segunda, quanto à escolha, é subjetiva, entretanto cabendo, entretanto, a análise das condições profissionais, pessoais, por critérios objetivos, com aqueles fixados no artigo 93, inciso II, letra *c* da Carta Magna.

O merecimento se dá quando o Promotor de Justiça é dedicado ao trabalho, cumpridor de seus deveres institucionais e processuais, bem como se empenha na evolução de seu intelecto.

Transcrevendo trecho da Obra “Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público”, vemos o Colega do Ministério Público Catarinense, assim se expressar sobre este critério.

“De acordo com o inciso II do presente artigo da Lei, a antiguidade do membro do Ministério Público, para fim de promoção ou remoção, será apurada na entrância ou categoria por ele ocupada, devendo o merecimento ser aferido por sua atuação ao longo de toda a sua carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva, levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento.” (Pág. 436).

Como é sabido, a previsão legal para a forma de ascensão por merecimento, está posta nos dispositivos legais em vigor, tanto a nível constitucional, como infraconstitucional, como é o caso do artigo 61 da Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993, que em seu inciso IV, dispõe que a “promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância ou categoria e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago, ou quando o número limitado de membros do Ministério Público inviabilizar a formação da lista tríplice.”

(*) Professor e Pós-Graduado em Processo Penal.

Da formação da lista tríplice

Pode-se notar pela clareza da norma, que o legislador admitiu não ser regra absoluta, que a lista tríplice, seja formada exclusivamente por membros do Ministério Público que figuram na primeira quinta parte da lista de antiguidade.

É entendimento corrente nos Superiores Tribunais, que a interpretação a ser dada para a letra *b* do inciso II do artigo 93 da Constituição Federal, no que se relaciona à ressalva feita, é de que sejam aproveitados os demais membros da lista de antiguidade na entrância, a fim de que seja completada a lista tríplice, que findou incompleta pela ausência de integrantes do primeiro quinto.

Vejamos a opinião do Ministro José Dantas, que foi Relator em Recurso de Mandado de Segurança, nº 4.158 – RS:

“No mérito, assinalo que a hipótese se resume em saber até onde a regra do artigo 93, Inc. II, alínea “b”, da Constituição Federal, comporta a exegese de que, na falta de concorrentes integrados à quinta parte da antiguidade na entrância, possa a lista de promoção por merecimento contemplar os juízes que se sigam àqueles, na relação geral, a partir daí concorrendo em igualdade de condições.

Assim foi que, de fato, procedeu o Tribunal impetrado, segundo a verificação de que, relacionada no quarto lugar das vagas a preencher por merecimento, ao listar-se a 1ª vara Criminal da canoas verificou-se que, do primeiro quinto de antiguidade (24) e seus imediatos, 32 juízes a recusaram. Pelo que se recompôs o dito quinto (24) com nomes dos juízes aceitantes, segundo a seqüenciada ordem de antiguidade, dentre os quais concorrem o impetrante, como remanescente do primeiro quinto e o juiz afinal promovido, como um dos seus novo integrantes.

De que tal proceder conforma-se à mais plausível interpretação da coretejada norma constitucional, no sentido pragmático de tratar-se a promoção por merecimento distintamente daquela por antiguidade, única que tolera a compulsoriedade da indicação de um só nome, isso está mesmo dito no acórdão colacionado no parecer, proferido pelo Supremo Tribunal na ADIn nº 581, relatoria do Sr. Ministro Marco Aurélio.”

Mas tarde, esta posição do Eminentíssimo Ministro José Dantas foi acompanhada pelo também Ministro Sepúlveda Pertence, em Recurso Extraordinário nº 239.595 – 9 RS. Vejamos:

“A decisão do Tribunal, na linha do voto do relator, o Em. Ministro Marco Aurélio, julgou procedente em parte a ação direta para, sem redução do texto questionado, impor-lhe interpretação conforme a Constituição, assim sintetizada na ementa do acórdão:

‘A Lei nº 8.215/91 mostra-se constitucional no que se lhe empreste interpretação harmônica com as seguintes premissas:

(...)

d) inexistentes juízes que atendam às condições cumulativas previstas na alínea b do inciso II do artigo 93 da Lei Básica Federal em número suficiente à feitura da lista tríplice, apura-se a primeira quinta parte dos mais antigos, considerados todos os magistrados, isto para os lugares remanescentes na lista de merecimento.’

E continua.

“Estou em que, na espécie, o voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do em. Ministro José Dantas, demonstrou o perfeito ajustamento da solução nele dada à causa ao precedente do Supremo Tribunal.

Depois de transcrever a ementa da ADIn 581, assentou o Ministro José Dantas – fls. 127, 131:

‘No que interessa ao caso *sub judice*, extrai-se da conclusão do paradigma o seguinte:

a) insuficiente o número de aceitantes das promoções, recompõe-se o quinto de antiguidade pelos remanescentes do quinto primitivo e pelos que se lhes seguirem na relação geral;

b) dali se escolherá a lista tríplice, preservada, porém, a situação daqueles que atenderam aos requisitos constitucionais, salvo rejeição apurada pelo *quorum* qualificado, constitucionalmente previsto para as promoções por antiguidade.

Quanto à primeira alínea, confirme-se que o ora examinado procedimento do Tribunal de Justiça – RS houve-se com acerto desde quando verificado que o quinto primitivo (24 juízes) foi recomposto de tal forma que, somente após o número de 32 recusantes para aquela vaga, obteve-se o novo quinto do qual constaram o ora impetrante, como remanescente, e o juiz afinal promovido, como novo componente.’

Por fim, conclui:

“Correta a decisão”

Noutro caso, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, prolatou decisão no mesmo sentido. Vejamos o Acórdão:

“*EMENTA – Magistrado – Promoção por merecimento – Requisitos – Ausência de um dos requisitos.*

Para ser promovido por merecimento o magistrado deve reunir todos os requisitos previstos no artigo 93, II, “b”, da Constituição Federal, ou seja: a)

contar dois anos de exercício na respectiva entrância e b) integrar a primeira parte da lista de antiguidade.

Inexistindo magistrados com ambos os requisitos e que aceite a promoção, todos os demais juizes que não tenham tais requisitos podem concorrer à promoção por outra entrância.”

Esta decisão foi motivo de recurso, para o Superior Tribunal de Justiça, onde foi mantida, tirando-se do voto do relator, o trecho em que ele transcreve o parecer da Sub-Procuradoria-Geral da República. Vejamos:

“Da leitura das alíneas do inciso II do artigo *supra*, depreende-se logo que, como bem decidiu o Tribunal a quo, ‘inexistindo magistrados com ambos os requisitos e que aceitem a promoção, todos os demais juizes que não tenham tais requisitos podem concorrer à promoção para outra entrância’.

Por fim o Eminentíssimo Ministro Cid Flaquer Scartezini, concluiu:

“Com razão a douta Procuradora-Geral da República, pelo que, concorde com este entendimento, nego provimento ao recurso”.

Ainda sobre o mesmo assunto, vemos decisão do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso em Mandado de Segurança nº 11.052 – PB, onde o relator Eminentíssimo Ministro Fernando Gonçalves, transcreve em seu voto, a posição do Ministro Ilmar Galvão. Observemos:

“A promoção de magistrado, por merecimento conforme explicitado no artigo 93, II, “a” da CF, e no artigo 80, parágrafo 1º, I, da Lei Complementar nº 35/79, se faz mediante prévia organização de lista tríplice.

Deve ser esta composta por juizes com dois anos de exercício na respectiva entrância e que integrem a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se não houver, com tais requisitos, quem aceite o lugar vago, reza o inciso “b”, do referido dispositivo.

A ressalva (salvo se não houver, com tais requisitos, quem aceite o lugar vago) há de ser entendida como alusiva não apenas à hipótese de haver candidato com interstício, que não aceite o lugar e, conseqüentemente, recuse a indicação, mas também à de existir candidato com interstício mas não haja merecido a escolha, e, ainda, à ausência de candidatos com interstício, em número suficiente para a composição da lista.

...omissis...

Dessa forma, obviar-se-á o inconveniente das listas incompletas e mesmo, da lista com nome único e, portanto, irrecusável, configurando-se verdadeiro direito subjetivo à promoção por merecimento, ausente na promoção por antiguidade.”

No mesmo recurso, ainda votou o Presidente da Sexta Turma o em. Ministro Jorge Scartezzini, que assim se manifestou:

“O cerne da questão está em saber se um concorrente pode ser incluído na lista tríplice para a promoção, por merecimento, e, posteriormente, promovido, sem a reunião, simultânea dos requisitos constitucionais contidos no artigo 93, II, “b” da Magna Carta, quando há outros dois concorrentes na mesma relação, que preenchem um dos pressupostos, qual seja o do interstício temporal de dois anos.

(...)

Ora, o texto legal é claro em normatizar que qualquer candidato pode concorrer e integrar a lista tríplice, mesmo que não tenha os requisitos nele contidos, se não houver quem queira o lugar vago.”

Desta decisão foi tirada a seguinte ementa:

“RMS. Constitucional. Administrativo. Ministério Público. Promoção. Merecimento. Critérios.

1. A Constituição Federal, em seu artigo 129, § 4º, manda aplicar ao Ministério Público, no que couber, o disposto no seu artigo 93, II e VI.

2. Nestas condições, a teor da norma do artigo 93, II, letra *b*, especialmente, a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o Promotor de Justiça a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago.

3. Os requisitos em comento devem ser preenchidos cumulativamente. Não existindo, no entanto, candidatos com ambos os requisitos e que aceitem a promoção, todos os Promotores de Justiça deles carentes podem concorrer, não sendo legítimo privilegiar quem tem apenas um deles.

4. Compondo a lista, em função da ressalva legal, candidato não integrante da quinta parte da lista de antiguidade na entrância e sem interstício, ao lado de outros que ostentam apenas esta última condição, posiciona-se ele em igualdade de condições com os demais, todos com direito, *in thesi*, à promoção.

5. Recurso ordinário provido.

Com base no que acabamos de transcrever, entendemos que não é possível a formação de lista tríplice, incompleta, ou seja, com apenas dois, ou um nome. Pois estaria sendo desrespeitada interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal – o guardião maior da Carta Magna – em relação à aplicabilidade do artigo 93 e seus incisos da Constituição Federal.

Não chega nem mesmo a ser forçoso entender, que deve-se observar para a formação da lista tríplice, o quinto primitivo e depois o quinto remanescente. Quinto primitivo é aquele formado, pelos primeiros membros da instituição que figuram na lista de antiguidade da entrância. O quinto remanescente, por sua vez, é aquele formado pelos integrantes da lista de antiguidade que se sucedem aos primeiros.

Para ficar claro podemos emprestar o seguinte exemplo: Na Entrância existem 100 (cem) cargos, fazendo com que o quinto constitucional primitivo seja formado de 20 (vinte) membros. Destes, apenas dois requereram a promoção. No caso a lista estaria sendo composta por dois pretendentes à promoção. Mas imaginemos, que 7 (sete) integrantes da lista de antiguidade na entrância, não pertencentes ao quinto primitivo, também manifestaram seu interesse na promoção. Agora teríamos 9 (nove) pretendentes à promoção.

Ora, pelo que já foi explicitado, inclusive com o respaldo dos Ministros dos Superiores Tribunais, a lista tríplice deve ser completa. Assim se fará a análise do quinto constitucional remanescente, no caso composto de 7 (sete) pretendentes. Logo a lista tríplice será formada pelo dois integrantes do quinto primitivo e um integrante do quinto remanescente, aquele que tiver maior votação.

Qualquer entendimento contrário a este raciocínio é descabido e inconstitucional.

Da isonomia dos componentes da lista tríplice

Outra situação de imperioso estudo é a isonomia dos integrantes da lista tríplice. Entendemos que uma vez integrando a lista, os concorrentes à promoção por merecimento, passam a ter igualdade de condições, visto que seria um ferimento ao Princípio da Isonomia, se depois que formulada e composta a lista tríplice, ainda houvesse qualquer forma de privilégio, baseando-se na situação da posição dos candidatos na lista de antiguidade na entrância.

Ora, todos estão na mesma situação, seja visto, que por seus méritos alcançaram o direito de figurar na lista.

Sobre o assunto podemos observar o que diz a já citada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no mesmo artigo já referido, desta feita no seu inciso IV: “não sendo caso de promoção obrigatória, a escolha recairá no membro do Ministério Público mais votado, observada a ordem dos escrutínios, prevalecendo, em caso de empate, a antiguidade na entrância ou categoria, salvo se preferir o Conselho Superior delegar a competência ao Procurador-Geral de Justiça.”

Como se pode notar, todos os integrantes da lista são iguais, pois deixou de existir qualquer diferença entre eles. Aquele (qualquer deles) mais vo-

tado será o promovido. No caso de empate (e somente neste), é que nasce um critério de desempate, qual seja, a antiguidade na entrância.

Assim, não importa se o Promotor de Justiça é ou não do primeiro, segundo, terceiro quintos, não vigora em desfavor de nenhum, sua posição na lista de antiguidade, a não ser, se houver empate, na ordem dos escrutínios.

Sobre o assunto passamos a transcrever trecho de voto do Eminentíssimo Ministro Jorge Scartezzini do Superior Tribunal de Justiça, em recurso ordinário de mandado de segurança nº 11.052.

“Não vislumbro como este fator, qual seja, de ter dois anos de exercício na entrância, possa vir a privilegiar determinado candidato, em detrimento de outro. O critério a ser analisado é o de merecimento, que nos termos constitucionais resulta da presteza e segurança no exercício do cargo, bem como pela frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento, sendo a escolha revestida do poder discricionário da administração. Por isso a razão de existir uma lista tríplice, onde todos os seus integrantes situam-se em igualdade de condições, recaindo a escolha sobre a apenas um. Outrossim, somente *ad argumentandum*, se o critério fosse o de antiguidade, consoante o art. 93, II, “d”, da Constituição Federal, o órgão poderia recusar a indicação, através do voto de dois terços de seus membros, repetindo-se a votação a te fixar a indicação. Vale dizer, pelo princípio da razoabilidade, se antiguidade, que é apurada pelo tempo decorrido no cargo, não gera qualquer direito adquirido à vaga, mas mera expectativa, não se pode exigir que tal aspecto temporal venha prevalecer, quando a promoção foi o pelo critério de merecimento. Seria uma restrição que o texto maior não prevê.”

Portanto, se é claro que a lista tríplice não sendo preenchida pelos membros da instituição que formam o quinto constitucional primitivo, outros podem ascender do quinto constitucional remanescente, também é evidente, que eles concorrem em igualdades de condições, independentemente da posição na lista de antiguidade, pois como se viu, esta só deve ser observada no caso de ocorrer empate na votação, para escolha do promovido.

Interessante imaginar que pode ocorrer na formação da lista caso de promoção obrigatória. Diz o texto constitucional que o Membro da instituição que figurar na lista de merecimento por três vezes consecutivas ou cinco alternadas, será promovido obrigatoriamente.

Assim, é que o raciocínio da isonomia ganha força. Como se poderia admitir, que um integrante da lista tríplice, tendo figurado por duas vezes consecutivas ou quatro alternadas, em lista anteriores, por ser do quinto remanescente, não poderia ser compulsoriamente promovido? Estar-se-ia negando ao

mesmo, direito líquido e certo, além de casuisticamente discrimina-lo, ferindo o texto constitucional, que não faz qualquer reserva aos casos de promoção compulsória.

A mais, temos por relembrar, que as regras aqui estudadas, se aplicam tanto aos membros do Poder Judiciário, como aos membros do Ministério Público, pois em relação aos primeiros, há referência expressa, e aos últimos, referência indireta, consubstanciada no artigo 129, § 4º da Constituição Federal (*in verbis*):

“Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...*omissis*...)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no artigo 93, II e VI.”

Conclusão

Está demonstrado, que para a formação da lista tríplice para a promoção por merecimento, ante a falta de número suficiente dos integrantes do quinto constitucional primitivo, deve-se observar as inscrições dos membros integrantes da lista de antigüidade na entrância, para formação do quinto constitucional remanescente, sempre com o objetivo maior de completar a lista tríplice.

Bem como, deve o Órgão competente pela avaliação dos pedidos, abster-se de qualquer casuísmo, que venha a infringir o texto constitucional e a interpretação dos Tribunais Superiores, como, por exemplo, impor prevalência àquele integrante mais antigo na entrância, pois como se viu, é imperiosa a condição de igualdade entre os integrantes da lista tríplice.

BIBLIOGRAFIA

Fonte de pesquisa: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.