

# A CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DOS TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA NA POSSE PARA A CARREIRA MINISTERIAL

## THE CONSTITUTIONALITY THE REQUIREMENT OF THREE YEARS OF LEGAL ACTIVITY TO ENTRY THE PROSECUTORS CAREER

Diogo Castor de Mattos<sup>1</sup>

Fernando de Brito Alves<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata-se de trabalho científico desenvolvido com o objetivo de estudar o tema relativo à comprovação de atividade jurídica para ingresso na carreira do Ministério Público. Cuida-se de exigência trazida ao ordenamento jurídico nacional por intermédio da Emenda Constitucional 45/2004 que alterou o art. 129, § 3º da Constituição Federal e passou a prever que, para ingresso na carreira ministerial, seria necessário, no mínimo, três anos de atividade jurídica. A norma, que tinha por finalidade introduzir nas carreiras ministeriais agentes mais experientes na aplicação do direito, provocou acirrada polêmica no mundo jurídico. Um dos principais questionamentos recaiu em relação ao momento de comprovação da vivência forense. Em sede de ADI, o STF chegou a declarar a constitucionalidade de uma resolução do CSMPDF que antecipava a comprovação da exigência para a fase de inscrição definitiva. Mais recentemente, o CNMP inovou a regulamentação e editou resolução passando a prever que a exigência deveria ser feita para a posse. A partir disso, vários questionamentos começaram a surgir sobre a possibilidade de o CNMP ter contrariado a decisão do STF ao modificar a regulamentação do tema. O presente esboço buscará demonstrar a legalidade desse ato administrativo.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (2010) e Especialista em Direito Contemporâneo pela Faculdade Opet de Curitiba (2012). Foi bolsista IC do CNPQ. Foi Procurador Federal da Advocacia Geral da União (2011-2012) e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (2012-2013). Atualmente é Procurador da República em Jacarezinho/PR.

<sup>2</sup> Pós-doutorando em Direito Constitucional e democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação e mestrado em Direito). Prof. das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP). Advogado.

**ABSTRACT:** This scientific work paper is about the matter of the proof of juridical activity required to entry the career of prosecutors. This requirement was added to legal system by the Constitutional Amendment 45/2004 which altered article 129, § 3 of the Federal Constitution requiring at least three years of legal activity in order to entry the career of prosecutors. This requirement was inserted as to provide better and more prepared public agents, despite that fact it created controversy amongst the juridical community. One of the most controversy matters concerning this subject was when it would be the appropriate time for making such proof of juridical activity. Deciding an ADI, The Supreme Court declared the constitutionality of a resolution of CSMPDF that beforehand ruled that such requirement should be provided in the registration phase. More recently, the CNMP issued a resolution deciding that such requirement should be made in the event of taking office. From then on, several questions began to arise about whether the CNMP had challenged the decision of the STF when changing it's approach to the matter. This draft paper will seek to demonstrate the legality of the administrative act.

**PALAVRAS-CHAVES:** Atividade jurídica; Triênio constitucional; Momento de comprovação.

**KEYWORDS:** Juridical activity; Constitutional three-year mandament; Time of proof.

## **INTRODUÇÃO**

A Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou profundamente o ordenamento jurídico brasileiro com a “Reforma do Judiciário”. Em suma, o objeto das modificações foi tornar o Poder Judiciário mais eficiente exigindo, dentre outras coisas, um mínimo de experiência jurídica profissional para juízes e promotores. A partir disso, houve a alteração do texto constitucional que passou a exigir do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica para ingresso nos quadros do Ministério Público e da Magistratura.

Contudo, a norma constitucional não esgotou a regulamentação da matéria. Posteriormente, os Conselhos Administrativos das respectivas carreiras passaram a editar

resoluções administrativas prevendo, dentre outras coisas, que o momento de comprovação de atividade jurídica deveria ser feito na inscrição definitiva, fase anterior à prova oral. Desde então, os candidatos que chegassem nesse momento do certame e não possuísem o triênio completo estariam automaticamente eliminados. Tal norma, de duvidosa constitucionalidade, antecipou o momento de comprovação da exigência prevista no texto constitucional.

Em razão disso, houve diversos questionamentos nos tribunais. Finalmente, em 2006, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº3460 proposta pela Confederação Nacional dos Ministérios Públicos (CONAMP) e declarou a constitucionalidade da previsão do art.1º da Resolução nº 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal (CSMPDF) que exigia a comprovação do triênio constitucional para a inscrição definitiva.

Após essa decisão, a questão parecia estar sepultada. Contudo, não foi o que aconteceu.

O tema voltou a ser enfrentado pelo STF em diversos mandados de segurança (MS) e reclamações constitucionais.

Bem na verdade, em vários julgamentos posteriores o próprio Tribunal Supremo relativizou a sua jurisprudência firmada na ADI nº3460, aplicando o princípio da proporcionalidade e concedendo a segurança a candidatos cujo tempo faltante para a completude dos três anos no momento da inscrição definitiva era reduzido. Nesses termos, mesmo considerando que os candidatos não preenchiam os três anos de prática jurídica na inscrição definitiva, foram favoráveis às decisões nas seguintes ações no STF: 1) no MS nº27604 faltavam 19 dias; 2) MS nº27608 faltavam 15 dias; 3) MS nº26681 faltavam 45 dias para o impetrante completar o triênio constitucional.

Tais decisões específicas, embora não tenham representado uma mudança total do entendimento da Suprema Corte, mantiveram o debate a respeito do tema.

Ocorre que, recentemente, a problemática teve uma radical reviravolta com a decisão unânime do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no dia 20 de março de 2012 ao analisar conjuntamente os Procedimentos de Controle Administrativo (PCAs) nº134/2012, 164/2012 e 170/2012 e julgar procedente o pedido de candidatos ao concurso do Ministério Público Federal que tiveram a sua participação na

prova oral impedida pela não completude do triênio constitucional no prazo final para a inscrição definitiva. Na realidade, o Conselho reafirmou o entendimento já firmado por seu plenário por apertada maioria no PCA nº 466/2011 de 31 de maio de 2011. Contudo, o julgado de 2012 cresceu em importância por ser decidido de forma unânime, sendo seguido de proposta de alteração da normatização sobre o tema.

Inconformada com o julgado, a União Federal ingressou com a Reclamação Constitucional nº 13546 no STF alegando que o CNMP teria violado a autoridade da decisão da ADI nº3460, a qual teve seguimento negado pelo relator Ministro Luiz Fux, tendo sido interposto agravo regimental pela parte reclamante que, atualmente, pende de análise pelo Plenário da Corte Suprema.

Pouco depois, o próprio CSMPDF, órgão editor da norma objeto da ADI nº 3460 (Resolução 55/2044), em abril de 2012, deferiu administrativamente o pedido de candidatos ao cargo de promotor do Distrito Federal que requereram a comprovação da prática jurídica na posse. Tal decisão demonstrou que a regulamentação declarada constitucional pelo STF estava prestes a ser revogada. Isso aconteceu na sessão do CNMP de junho de 2012 quando, por unanimidade, foi aprovada a modificação do art. 3º da Resolução nº40/2009, pela Resolução 87/2012, a qual passou a prever que a comprovação da experiência forense seria feita para a posse. Essa alteração retirou o fundamento de validade da Resolução nº55/2004 do CSMPDF que fazia a exigência para a inscrição definitiva e, conseqüente, deixou de existir no ordenamento jurídico.

O problema nodal da presente investigação recai justamente na discussão sobre a constitucionalidade da inovação regulamentar do CNMP. Poderia o CNMP revogar a sua resolução regulamentando de forma completamente antagônica à decisão do Tribunal Constitucional? O debate emerge discussões interessante acerca da revogação das normas declaradas constitucionais pelos tribunal supremo, como também os limites da extensão dos efeitos vinculantes na ADI.

A justificativa do tema reside no fato de que nem a lei nem a Constituição Federal fixaram a inscrição como momento comprobatório da atividade jurídica. Entretanto, durante os últimos anos diversos candidatos foram impedidos de participar da fase final do concurso para o Ministério Público por não preencherem a exigência constitucional na inscrição definitiva do certame, o que certamente viola o direito fundamental do livre

acesso aos cargos públicos.

Para desenvolver o trabalho, serão utilizados os métodos: empírico, analítico, normativo e indutivo. O empírico será usado para analisar como o tema é tratado na jurisprudência do STF. A dimensão analítica versará sobre os conceitos envolvidos no trabalho. Já o estudo de caso se ocupará de situação práticas. Por fim, pelo método indutivo se buscará partir do caso particular para se chegar à conclusão geral extensível a todos os casos idênticos.

## **1. A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO TRIÊNIO CONSTITUCIONAL NA INSCRIÇÃO DEFINITIVA**

Analisando as implicações jurídicas do tema, a exigência de comprovação de atividade jurídica na inscrição definitiva do concurso era inadequada pelas seguintes razões que serão detalhadas a seguir: 1) por violação frontal ao texto previsto no art. 129, § 3º, da Constituição Federal que faz exigência para ingresso na carreira, o qual ocorre com a posse; 2) por infringência ao princípio da legalidade porque não existe nenhuma lei exigindo a comprovação na inscrição definitiva, a qual se trata de uma fase que também não encontra respaldo legal e; 3) pelo desrespeito ao princípio da eficiência administrativa e da proporcionalidade, tendo em vista que se trata de exigência desarrazoada que pode aniquilar a possibilidade de ingresso nos quadros do Ministério Público e da Magistratura de profissionais tecnicamente bem preparados.

### **1.1. O texto do § 3º. do art. 129 da CF/88: inconstitucionalidade material da antecipação do momento de comprovação do triênio constitucional.**

Dispõe o § 3º do art. 129 da Constituição Federal:

**O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos**, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica** e observando-se, nas nomeações, a ordem de

classificação. (grifo nosso)

A partir da leitura do dispositivo, verifica-se que existem dois requisitos para ingresso na carreira ministerial: 1) aprovação em concurso público e; 2) três anos de atividade jurídica.

Uma coisa é a aprovação no concurso. Outra é o ingresso na carreira.

A exigência trazida pela Emenda nº45 se trata de uma regra jurídica, motivo pelo qual não se pode ignorar o seu enunciado linguístico. Insta mencionar que, seguindo o magistério de Robert Alexy (2002, p. 86-87), as regras são mandamentos de definição. Em razão disso, a prescrição contida numa regra deve ser aplicada em sua exata medida, seguindo a lógica do tudo ou nada, como ensina Ronald Dworkin (2002, p. 24-25).

Já na doutrina nacional, como bem esclarece Lênio Streck (2011, p. 266):

O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo- denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito-**não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendido, neste caso, como enunciado linguístico**”. A vontade e o conhecimento do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária. (grifo nosso).

Especificamente sobre a interpretação do art. 129, § 3º da Constituição Federal, o Conselheiro Adilson Gurgel do CNMP afirmou que: “o intérprete nunca deve adotar uma posição de agravamento da odiosidade ao ampliá-la no ato da hermenêutica.”

A exigência implementada pelo Poder Constituinte Reformador refere-se ao “ingresso na carreira”, o qual só ocorre com a posse. Assim, não é dado ao intérprete simplesmente reescrever o § 3º do art. 129 da Lei Fundamental no sentido de que, onde se lê “ingresso na carreira (...), exigindo-se (...) três anos de atividade jurídica”, seja lido “ingresso na carreira (...), exigindo-se (...) três anos de atividade jurídica quando da inscrição no concurso”.

Esse entendimento prevaleceu, pela primeira vez, no Plenário do Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público na decisão do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0.00.000.000466/2011-76, em 31.05.2011. Posteriormente, foi consolidado no julgamento conjunto dos Procedimentos de Controle Administrativos

(PCAs) nº. 0.00.000.000134/2012-72, 0.00.000.000164/2012-89 e 0.00.000.000170/2012-36 na sessão do dia 20 de março de 2012, o qual implicou na alteração da regulação da matéria, lendo-se do v. acórdão:

PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. ATIVIDADE JURÍDICA. ARTIGO 129, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE ATIVIDADE JURÍDICA DAR-SE-Á COM O INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATO DE POSSE E EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO. PROCEDÊNCIA.

1. Da simples leitura do artigo 129, § 3º, da Constituição Federal, exige-se do candidato ser bacharel em direito e ter três anos de atividade jurídica para o ingresso na Carreira do Ministério Público. A expressão ingresso na carreira é sinônimo de investidura, o que ocorrerá com a posse no cargo, observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. A norma constitucional não pode ser interpretada de forma restrita como ato de mera inscrição definitiva no certame público.

2. O momento apropriado para a comprovação do tempo de atividade jurídica deverá ser no ato da posse do candidato aprovado em todas as fases do certame público ao cargo de membro do Ministério Público.

3. Instauração de processo visando a alteração do art. 2º da Resolução CNMP nº 29/2008 bem como do art. 3º da Resolução CNMP nº 40/2009, que regulamentam o conceito de atividade jurídica para concursos públicos de ingresso nas carreiras do Ministério Público e dá outras providências.

4. Processo conhecido e julgado procedente.

Segundo o voto do relator do julgado Conselheiro Adilson Gurgel: “a redação constitucional não exige textualmente que essa comprovação se efetive no ato de inscrição definitiva em concurso público para ingresso na carreira.”

No âmbito doutrinário, vejamos a posição de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 706):

O STJ passou a adotar esse entendimento, restringindo-o, contudo às carreiras da magistratura e do MP. Em tais hipóteses, por conseguinte, não incidiria a súmula 266 do mesmo tribunal, o que não impediria sua incidência em outras carreiras. Fundou-se a decisão na nova redação dada ao art. 93, I, da CF, pela EC 45, bem como no art. 129, § 3º da CF, que se identifica com aquele dispositivo. Entretanto, não abonamos semelhante pensamento. **Na verdade, a alteração introduzida pela citada EC 45 não fez qualquer referência ao momento de comprovação do tempo de atividade jurídica. Além disso, a contagem desse período tem que estender-se até a posse, pois que é nesse momento que o candidato aprovado ingressa na carreira, e não no momento em que apenas se inscreve no concurso. Aliás, em ambos os dispositivos consta a expressão o ingresso na carreira e esse, evidentemente, não se dá na oportunidade da inscrição no concurso. Essa é que nos parece a interpretação lógico do requisito em foco.**

(grifo nosso)

Desse modo, tendo em conta a redação literal do art. 129, § 3º, é impossível sustentar que a exigência do triênio constitucional poderia ser feita na inscrição, havendo inconstitucionalidade material na antecipação do momento de comprovação da exigência para fase anterior à posse. Falar em demonstração de vivência forense na fase de inscrição para o concurso significa fazer uma interpretação restritiva não comportada pelo enunciado linguístico da norma constitucional.

## **1.2. Inconstitucionalidade formal da definição do momento de comprovação de atividade jurídica por resoluções administrativas.**

O inciso II do art. 5º da Constituição Federal consagra como garantia individual o princípio da legalidade ao determinar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Interpretando esse dispositivo constitucional, José Afonso da Silva é enfático ao afirmar que o texto se refere à lei em sentido formal, aprovada pelo Congresso Nacional. Transcreve-se:

**(...) a palavra “lei”, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59-69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender a hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade que a matéria seja regulada por ‘ato equiparado’ - e atos equiparados à lei formal, no sistema constitucional brasileiro são apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias convertidas em lei (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matéria estritamente indicadas nos dispositivos referidos. (grifo nosso) (SILVA, 2010, p.84-85)**

No mesmo sentido, o inciso I do art. 37 da Constituição Federal estabelece o princípio do amplo acesso aos cargos públicos prevendo que:

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham **os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros na

forma da lei (grifo nosso).

A violação ao princípio da legalidade está diretamente relacionada aos limites da função regulamentar do CNMP.

Veja-se que o art. 130-A, § 2º da Constituição Federal expressa:

Art. 130-A.(...)

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo **expedir atos regulamentares**, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências (grifo nosso);

A partir da leitura da norma constitucional, deduz-se que o Poder Normativo atribuído ao órgão administrativo é limitado a atos meramente regulamentares. No magistério de Canotilho (1993, p.909): “(...) o regulamento é norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou de complementar a lei. É um ato normativo, mas não um ato normativo com valor legislativo.” Em razão disso, as normas editadas no exercício desse poder não poderiam criar exigências não previstas na legislação ou na Carta Magna. Assim, tecnicamente, os Conselhos Administrativos estão impedidos de inovar a ordem jurídica sem respaldo de uma norma superior, motivo pelo qual é impossível a prevalência da resolução administrativa que antecipava a comprovação de atividade jurídica para a inscrição definitiva.

Com essa ponderação, o conselheiro do CNMP Adilson Gurgel, relator do PCA nº134/2012, asseverou que:

(...) a legislação nacional não define o momento de comprovação de atividade. A prevalecer a possibilidade de regulamentos administrativos fixarem tal exigência para momento anterior à posse, caracterizada estará uma hipótese de regulamento autônomo não autorizada pelo Constituinte.

Ao tratar sobre os limites do Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Justiça

(CNJ), cujas razões se aplicam ao CNMP, destaca José Adércio Leite (2007, p. 279):

Não pode, por conseguinte, permitir o que a lei proíbe ou ordenar o que a lei não obriga; nem alterar, restringir ou ampliar direitos, deveres, ações ou exceções; tampouco é dado exemplificar o que o legislador definiu por taxativo, ou suspender ou adiar a execução da lei, instituir tribunais ou criar autoridades públicas, nem tampouco estabelecer formas de exteriorização de um ato, diferentes daquelas determinadas por lei.

No STF, o Min. Luiz Fux, ao negar seguimento à Reclamação nº13546, afirmou que: “(...) afigura-se de duvidosa constitucionalidade qualquer norma de hierarquia inferior que pretenda restringir o acesso ao cargo público mediante antecipação do momento de comprovação dos requisitos constitucionais”. Sob o mesmo fundamento, o Tribunal Supremo já decidiu que o CNMP não poderia extrapolar os limites normativos previstos na Constituição e que somente por lei se pode exigir condições para acesso ao cargo público:

(...) No mérito, entendeu-se que o CNMP não deparou com ato concreto de promoção, mas com norma editada, com base no disposto nos artigos 57, I, e, VII, e 200, §§ 1º a 3º da Lei Complementar 75/93, pelo Conselho Superior, e que, ao alterá-la, adentrou campo normativo, ultrapassando os limites previstos na Constituição Federal (...) (Informativo 468. MS 26264, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2007)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA. 1. Somente lei formal pode impor condições para o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI-AgR 627.586, Rel. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 19.12.2007)

Ademais, deve-se destacar ainda que no caso em voga se trata de um direito fundamental de um livre acesso aos cargos públicos, o que exige ainda mais cautela em qualquer medida restritiva no âmbito de proteção da norma. Nessa temática, vale frisar que as garantias individuais foram alçadas pela Carta Magna à condição de cláusulas pétreas, o que revela uma maior preocupação com os limites de sua restrição quando de sua aplicação. Conforme a lição de Ingo Sarlet (2012, p. 401):

(...) no campo das assim designadas restrições indiretas-isto é, das restrições estabelecidas por lei (em sentido formal, incluídas as medidas provisórias, por força do art. 62, caput, Constituição Federal de 1988) com fundamento em autorizações constitucionais, há que enfrentar a problemática das reservas legais,

que em termos gerais, podem ser definidas como disposições constitucionais que autorizam o legislador a intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Idêntico é o posicionamento do STF expressando que “qualquer restrição aos direitos e garantias fundamentais, quando expressamente autorizada pelo texto constitucional, somente pode ser concretizada por meio de lei formal”. Além disso, a regulamentação do concurso público para ingresso na carreira ministerial se insere no Estatuto Jurídico do Ministério Público e, de acordo com o art. 128, § 5º da Constituição, deveria ser feito por lei complementar.

Assim, o CNJ e o CNMP não podem extrapolar a suas condições de órgãos administrativos. No caso da comprovação do triênio constitucional a própria Constituição já fixou o momento de demonstração do requisito que é no ingresso na carreira. Qualquer restrição a esse direito, caso admitida, deveria resultar de lei em sentido formal, não por resolução administrativa. Isso posto, os atos administrativos que fixavam a inscrição como momento comprobatório extravasavam os limites do Poder Regulamentar e colidiam com os direitos constitucionalmente assegurados, razão pela qual não poderiam prosperar no ordenamento jurídico em virtude da inconstitucionalidade formal.

### **1.3. Violação ao princípio da proporcionalidade e da eficiência administrativa.**

Há acirrada controvérsia a respeito da origem do princípio da proporcionalidade. Na doutrina nacional, Wilson Antônio Steinmetz aponta que o Tribunal Federal Alemão extrai o princípio da proporcionalidade do Estado de Direito (STEINMETZ, 2001, p. 159). No Brasil e nos Estados Unidos prevalece o entendimento de que esse princípio se encontra implícito no devido processo legal substancial (*substantive due process of law*).

Hodiernamente, para a interpretação das normas, cresce em importância o princípio da proporcionalidade. A sua aplicação mais evidente é no controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais (MORAES, 2004, p.135-136). Nessa seara, impera o princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Na realidade, o seu estudo consubstancia um verdadeiro “limite dos limites” da restrição legislativa.

As normas administrativas que antecipavam a comprovação do exercício de três anos de atividade jurídica no momento da inscrição definitiva violavam esse princípio, e seus consequentes. Vejamos.

Não eram conformes à necessidade porque produziam uma ingerência extremamente restritiva no direito fundamental de livre acesso aos cargos públicos, haja vista que o § 3º do art. 129 da Constituição Federal determina o cumprimento de uma exigência quando do ingresso na carreira, não mencionando nada a respeito da inscrição. Nesse ponto, a comprovação da vivência forense na posse é menos gravosa e promove o fim objetivado com a mesma eficácia do meio mais restritivo (SILVA, 2002, p. 38).

Iam de encontro à adequação pois a regulamentação revogada não era apta aos fins que se destinava de demonstrar experiência profissional para o cargo. Isso porque, de acordo com o art.1º e 2º da Resolução nº40/2009 do CNMP, ainda vigentes, para fins de comprovação de atividade jurídica nos termos da Resolução 40/2009 do CNMP, é suficiente apenas a assinatura do candidato em cinco peças forenses distintas em cada ano ou a completude de três cursos de pós-graduação amplo sensu, o que certamente não comprova efetiva maturidade jurídica.

Por derradeiro, contrariavam o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, ensejando desequilíbrio entre os meios e os fins. Uma realidade é o concurso em trâmite, outra realidade é a nomeação e a posse do candidato que logre aprovação no certame. Nesse ponto, não se justifica razoavelmente o prejuízo de forma sofrido pelo princípio preterido (ALEXY, 2008, p.111).

Isso se reforça porque muitas vezes o candidato é aprovado e demora anos para tomar posse. A título de exemplo, cite-se o 24º concurso do Ministério Público Federal. O candidato Ricardo Perin Nardi, aprovado regularmente no certame dentro do número de vagas ofertadas no edital, sem renunciara a nomeação, foi obrigado a comprovar a sua atividade jurídica no dia 5 de junho de 2008, termo final da inscrição definitiva, nos moldes exigidos no edital. Contudo, só veio a ser nomeado no dia 28 de outubro de 2010, mais de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses após comprovar a sua experiência forense. Em outros termos, ao tomar posse, o candidato contava com no mínimo 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de atividade jurídica, quando a norma constitucional exige apenas três anos.

Mais recentemente, insta mencionar o exemplo do 26º Concurso para ingresso no

Ministério Público Federal. O cronograma original do certame previa a inscrição definitiva em julho e a posse em outubro de 2012. Contudo, a inscrição definitiva veio a ocorrer em setembro e a posse somente em 18 de fevereiro de 2013 por atraso atribuído exclusivamente à Administração.

Acrescente-se ainda que, além de ser desarrazoada, a antiga regulamentação violava a eficiência administrativa por desconsiderar a meritocracia no acesso aos cargos públicos. Pelo princípio da eficiência administrativa, espera-se que a Administração Pública, em relação ao modo de organizar, estruturar e se disciplinar, tenha como objetivo alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2011, p. 84). Certamente que o acesso dos candidatos tecnicamente mais capacitados para o exercício dos cargos carreira ministerial é de interesse público.

Seguindo esse raciocínio, o Min. Luiz Fux na decisão monocrática da Reclamação 13546 do Supremo Tribunal Federal mencionando que:

(...) Vale lembrar que a Constituição, indubitavelmente, pretendeu pautar o acesso ao serviço público pela meritocracia, a fim de selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício da função, não sendo dado ao regulamento infraconstitucional, por via transversa, estreitar a cláusula do livre acesso aos cargos e empregos públicos com fulcro em outro critério que não o mérito.

Portanto, quando impedia de participar da fase final do certame público para a carreira ministerial em razão de um requisito formal burocrático, a Administração acabava por ferir o princípio da proporcionalidade e ia de encontro à eficiência administrativa, tendo em vista que não cumpria o principal escopo do certame público que era selecionar os melhores candidatos do ponto de vista técnico para integrar os quadros do Ministério Público.

#### **1.4. A ilegalidade da fase da inscrição definitiva.**

Quanto ao estudo do problema tratado, outra questão importante se refere à ilegalidade da fase de inscrição definitiva. Após a previsão constitucional da exigência dos

três anos de atividade jurídica, os órgãos administrativos do Ministério Público e da Magistratura passaram a prever a fase de inscrição definitiva com a finalidade de realizar a juntada dos documentos comprobatórios de atividade jurídica.

A Constituição Federal expressa no art. 128, § 5º, que o regime jurídico do Ministério Público será tratado por lei complementar.

O concurso público para ingresso na carreira ministerial se insere no regime jurídico da instituição e deve ser disciplinado por lei complementar.

Especificamente quanto ao Ministério Público da União, a lei complementar nº 75/93 trata da forma detalhada da regulamentação do concurso público para ingresso nas suas carreiras e não prevê a fase de inscrição definitiva.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou por diversas vezes no sentido de que o certame público deve seguir o estatuto previsto em lei.

Sobre o tema:

Mandado de Segurança. Administrativo. Concurso de admissão de Guarda Municipal Feminina. Exigência de altura mínima Inadmissibilidade. **Exigência discriminatória não prevista em lei. Estatuto regulamentador da carreira somente se refere à exigência de aptidão física, em caráter genérico. Precedente STF.** Segurança mantida. Recursos oficial e voluntário improvidos. (grifo nosso) (RE 640284, relatoria Min. Gilmar Mendes julgado em 16.05.2011)

Não é dado aos organizadores dos concursos públicos simplesmente criar uma nova fase de inscrição sem respaldo legal para a disputa com o objetivo tão somente de requisitar a comprovação de documentos de atividade jurídica.

Logo, não é legítima a exigência do triênio constitucional para a fase de inscrição definitiva porque pura e simplesmente esta fase não encontra previsão legal na lei complementar que trata do tema, inexistindo, inclusive, definição infralegal do que seria essa fase.

## **2. DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE JURÍDICA NA POSSE PARA O CARGO.**

Aprofundando os estudos sobre o assunto, constata-se que a demonstração do

triênio de experiência forense exigido pelo texto constitucional pode ser feito na posse pelas seguintes motivações: 1) reconhecimento pelo STF da competência do CNMP para regulamentar o tema de atividade jurídica; 2) existência do poder de autotutela dos órgãos administrativos que podem revogar seus atos por motivos de conveniência e oportunidade; 3) existência de autonomia do Ministério Público e do CNMP em relação ao Judiciário, o que torna irretocáveis as decisões administrativas legais tomadas no exercício dessa independência; 4) revogabilidade dos atos normativos declarados constitucionais pelo STF; e 5) não vinculação dos efeitos da ADI em relação ao órgão editor da norma objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade.

### **2.1. A competência do Conselho Nacional do Ministério Público para deliberar sobre atividade jurídica: possibilidade de editar e revogar resoluções no âmbito de sua competência e autonomia do Ministério Público.**

O CNMP é um órgão de natureza administrativa a quem incumbe exercer o controle dos atos praticados no exercício da autonomia do Ministério Público. Juntamente com o CNJ, foi criado com a finalidade de atender os anseios da sociedade pela existência de mecanismos de controle externo das carreiras da magistratura e do Ministério Público. A natureza jurídica do CNJ (e, por via de consequência, também do CNMP) foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.367/DF, o qual decidiu pela constitucionalidade da criação desses órgãos nos seguintes termos:

EMENTAS: (...) 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétreia). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. (...) (ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029)

Uma vez consolidada a sua natureza jurídica e a sua constitucionalidade, é interessante perquirir quanto à possibilidade do CNMP regulamentar o tema de atividade jurídica dentro dos limites do seu Poder Regulamentar e da autonomia constitucional do Ministério Público.

Atente-se o que dispõe os arts. 127, § 2º, e art. 130-A, § 2º da CF/88:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(...)

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

Art. 130-A O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004):

“zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas”. (destacamos)

O texto constitucional atribui legitimidade ao CNMP para editar atos regulamentares no âmbito de sua competência. Já o art. 127, § 2º, da Carta Magna, assegura ao Ministério Público autonomia funcional e administrativa. A princípio, o ideal seria a regulamentação da atividade jurídica por lei complementar por se inserir dentro do Estatuto Jurídico do Ministério Público. Entretanto, julgando a constitucionalidade da Resolução nº 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal na ADI nº3460, o próprio STF reconheceu a competência e autonomia dos órgãos administrativos para regulamentar o momento de comprovação de atividade jurídica mediante atos infralegais. Do contrário, haveria declaração de inconstitucionalidade formal do ato impugnado na ADI nº3460, o que não ocorreu.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a referida normatização se insere no

poder de autotutela do órgão ministerial. Entende-se por autotutela o poder-dever da Administração Pública, reconhecido pelo verbete nº 473 da Súmula da Jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Conforme esclarece García de Enterría (2011, p. 497), em lição que é aplicável não só ao modelo espanhol, mas também ao nosso:

(...) a Administração está capacitada, como sujeito de direito, para tutelar por si mesma suas próprias situações jurídicas, inclusive suas pretensões inovativas do statu quo, eximindo-se, deste modo, da necessidade, comum aos demais sujeitos, de solicitar uma tutela judicial (...). O Juiz deve respeitar a realização íntegra (declarativa e executiva), pela Administração, da sua potestade de autotutela; unicamente poderá intervir quando a autotutela declarativa já esteja produzida e precisamente para verificar se a mesma, considerada em sua singularidade, se ajusta ou não ao direito material aplicável (tradução livre).

Com efeito, o CNMP é o órgão máximo deliberativo do Ministério Público e, no seu poder de autotutela, entendeu pela superação do art. 3º da Resolução 40/2009 desde o julgamento do PCA 466/2011 em 31 de maio de 2011. O posicionamento foi reafirmado em diversos outros julgados e, culminou com a alteração do art. 3º da Resolução 40/2009 pela Resolução 87/2012 por votação unânime. O dispositivo normativo passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º. A comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser documentada e formalizada para o ato da posse do candidato aprovado em todas as fases do concurso público.

Antes da revogação formal, já em abril de 2012, consigne-se que o próprio CSMPDF, autor da norma declarada constitucional na ADI nº3460, se curvou à posição do CNMP passando a permitir a comprovação de atividade jurídica na posse do cargo. Inúmeros outros Ministérios Públicos já seguem a mesma linha.

Insta salientar que em nenhum momento o CNMP declarou inconstitucional a regra que fazia a exigência para a inscrição. Apenas entendeu por bem revogá-la por

motivos de conveniência e oportunidade. Diga-se de passagem, esse novo entendimento é o melhor, mais justo e mais consentâneo com o que está escrito no art. 129, § 3º da CF que faz uma exigência para ingresso na carreira, o qual ocorre com a posse.

Reforça essa linha de raciocínio da existência de independência dos conselhos controladores o fato de que, em inúmeras vezes o próprio STF já declarou a autonomia da CNJ e do CNMP para o exercício de suas competências, entendendo que as decisões administrativas desses órgãos são insindicáveis ao Poder Judiciário no que se refere ao juízo de conveniência e oportunidade.

Sobre o tema, respectivamente, a decisão do Presidente Cezar Peluso no MS nº28045 em 12.11.2009; de relator do Min. Gilmar Mendes no MS nº 26.209, julgado em 27.10.2006 e; da min. Ellen Gracie no do MS nº30435 julgado em 21 de março de 2011:

(...) No exercício da competência constitucional de órgão de controle dos atos praticados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela EC nº 45/2004, não entra nem cabe a de imiscuir-se em juízos discricionários formulados no exercício das atribuições constitucionais desses órgãos, ou dos órgãos cujos atos são controlados por aqueles, sempre que inscritos nos quadrantes da legalidade. A atuação da Corte encontra limite na aferição da conformidade dos atos praticados pelo Conselho aos ditames constitucionais e legais aplicáveis.

(...) Ademais, ressalte-se que a ordem constitucional assegura ao Conselho Nacional de Justiça espectro de poder suficiente para o exercício de suas competências (art. 103-B, CF/88), não podendo esta Corte substituí-lo no exame discricionário dos motivos determinantes de suas decisões, quando estas não ultrapassem os limites da legalidade e da razoabilidade.

(...) Registre-se, finalmente, que esta Suprema Corte não pode e não deve ser transformada em uma indevida instância revisora de toda e qualquer deliberação do Conselho Nacional do Ministério Público, sob pena de inviabilização das atividades desse importantíssimo órgão, que relevantes serviços têm dispensado à melhoria da atuação do parquet em nosso País.

Sendo assim, o órgão que tem competência para editar a norma também a possui para modificá-la, inexistindo qualquer violação à decisão do STF na modificação do art. 3º da Resolução nº40/2009 pela Resolução nº87/2012 por parte do CNMP. Tais questões foram debatidas à exaustão pelo plenário do CNMP no julgamento dos PCAs nº134/2012, 164/2012 e 170/2012 realizado em 20 de março de 2012.

De resto, uma vez já reconhecido pelo STF que o CNMP possui competência para regulamentar o tema de atividade jurídica, não restam dúvidas que as decisões tomadas

nessa seara se revestem de discricionariedade administrativa intangível de reforma pelo Judiciário, salvo quando contrariam a Constituição Federal. No caso em voga, a comprovação dos três anos de atividade jurídica na posse não contraria o texto constitucional. Logo, é legítima a inovação regulamentar do Conselho.

## **2.2. Extensão subjetiva e objetiva dos efeitos vinculantes da ADI nº 34.60: a revogabilidade dos atos declarados inconstitucionais pelo STF.**

Inicialmente, a atribuição de efeitos vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de norma foi incorporada no ordenamento jurídico vigente para as Ações Declaratórias de Constitucionalidade pela Emenda Constitucional (EC) nº 3, de 17/03/93 que acrescentou o § 2º ao art. 102, da Carta Magna. Não obstante, desde então, a jurisprudência do STF passou a conferi-lo também às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), em razão do caráter dúplice destas ações.

Pouco depois, a lei nº 9868/99 conferiu efeitos vinculantes também à ADI. Finalmente, nova modificação foi efetivada com a EC nº45 que passou a prever expressamente no art. 102, § 2º da CF/88 que:

Art. 102. (...)

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

No estudo dos efeitos vinculantes, a doutrina menciona a distinção entre os limites subjetivos, referente a quem estaria abrangido pela decisão, e aos limites objetivos, relacionados a quais normas estariam afetadas pelo efeito vinculantes.

De acordo, com Gilmar Ferreira Mendes, a atribuição de efeitos vinculantes aos julgados de controle concentrado de constitucionalidade tem origem na *Bindungswirkung* do direito germânico (§ 31, I, da Lei da Corte Constitucional alemã) e teria como objetivo distinguir da eficácia *erga omnes*. A diferença, em tese, seria que a força vinculante abrange não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos

ou motivos determinantes.

Desse modo, os efeitos vinculantes ampliariam a abrangência das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, as quais atingiriam também normas idênticas àquelas examinadas no controle de constitucionalidade.

No que se relaciona ao problema proposto nesse esboço, deve-se analisar: 1) se as normas do CNMP estariam abrangidas pela vinculação dos efeitos da ADI 3460 quanto aos limites objetivos do julgado; 2) se o CNMP estaria obrigado a sempre cumprir à decisão no que se refere aos limites subjetivos da decisão.

Nos autos da ADI nº3460-0/DF o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da comprovação da exigência dos três anos de atividade jurídica na data da inscrição definitiva analisando um ato administrativo editado dentro da autonomia do próprio Ministério Público pelo CSMPDF.

Caso fosse possível aplicar a teoria dos motivos determinantes, seria possível sustentar que o CNMP estaria vinculado ao dispositivo da ADI nº3460 porque a sua antiga resolução, prevendo a comprovação de atividade jurídica na inscrição definitiva, tinha redação idêntica à norma do CSMPDF declarada constitucional pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade. Contudo, tal entendimento não merece prosperar em razão do fato de que o Plenário do Supremo Tribunal Federal vem inadmitindo a amplitude desejada aos efeitos irradiantes da decisão.

Nesse sentido, o Plenário do STF:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO – CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE TEMAS ENTRE O ATO RECLAMADO E O PARADIGMA DESTA CORTE – TRANSCENDÊNCIA DE MOTIVOS – TESE NÃO ADOTADA PELA CORTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É necessária a existência de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões paradigmáticas do STF para que seja admitido o manejo da reclamatória constitucional.

2. Embora haja similitude quanto à temática de fundo, o uso da reclamação, no caso dos autos, não se amolda ao mecanismo da transcendência dos motivos determinantes, de modo que não se promove a cassação de decisões eventualmente confrontantes com o entendimento do STF por esta via processual. Precedente.

3. Agravo regimental não provido.

(Rcl 3294 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2011)

No caso concreto, o Min. Luiz Fux na decisão monocrática da Reclamação nº

13546 do STF afirmando:

No bojo da ADI nº 3.460, julgou o STF a constitucionalidade do art. 7º, caput e parágrafo único, da Resolução nº 35/2002, com a redação dada pelo art. 1º da Resolução nº 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Portanto, os efeitos erga omnes decorrentes do referido julgamento dizem respeito, tão somente, à Resolução editada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, não constituindo descumprimento ao aresto do Pretório Excelso a decisão do Conselho Nacional do Ministério Público que, em concurso para o cargo de Procurador da República, permita a comprovação do tempo de atividade jurídica em momento posterior.

No mesmo norte, no que se refere aos limites subjetivos do efeito vinculante da ADI, é incontroverso que este não atinge o CNMP no que se refere à atividade regulamentar. Isso porque a doutrina ressalta que os efeitos vinculantes não vinculam o Poder Legislativo no exercício de suas funções típicas, tendo em conta que o entendimento contrário acarretaria ao já mencionado engessamento constitucional.

Na doutrina, Eduardo Cambi (2011, p. 201), em ensinamento que se aplica por analogia ao caso estudado, explica que os efeitos da súmula vinculante não atingem o legislador em sua função típica.

Nesses termos:

Deve ser acrescentado que emendas constitucionais ou leis posteriores à edição da súmula vinculante podem determinar o seu cancelamento. Isso porque a parte inicial do § 2º do art. 103-A da CF/88 resguardou a supremacia do Legislativo na definição das normas gerais, abstratas e impessoais (“Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”).

Seguindo idêntica linha de pensamento, o STF entendeu que o Poder Legislativo pode editar norma idêntica à considerada inconstitucional sem violar a decisão do Pretório Excelso:

**(...) A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão. (grifo nosso)** (Rcl 2617 AgR, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2005, DJ 20-05-2005 PP-00007 EMENT VOL-02192-02 PP-00314 RTJ VOL-00193-03 PP-00858).

Certamente, se o Poder Legislativo, no exercício de sua função normativa não é impedido de revogar normas já examinadas no controle concentrado de constitucionalidade, a Administração, quando edita normas gerais, também pode modificar os seus regulamentos já analisados pelo STF. Em outros termos: uma norma declarada constitucional não se torna irrevogável e imutável, podendo ser superada se os órgãos editores desejarem, desde que a nova regulamentação seja constitucional. Haverá possibilidade de que outro critério seja adotado pelo órgão regulamentador (CNMP), dentro dos limites de sua competência regulamentar e administrativa inserida na autonomia assegurada pelo art. 128 §2º e art. 130-A da Constituição Federal.

O tema foi enfrentado frontalmente pelo CNMP no PCA nº 134/2012, oportunidade em que o relator Adilson Gurgel, fundamentando na interpretação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mencionou: “interpretando o entendimento sistemático da Suprema Corte, verifica-se que ele afirma a constitucionalidade da exigência do triênio, mas não impede a adoção de outra regra”. No STF, é pertinente a manifestação do min Luiz Fux: “(...) demais disso, como bem ressaltado pela decisão ora reclamada, o julgado proferido na ADI nº 3.460 limitou-se a definir a constitucionalidade do critério adotado na Resolução do CSMPDFT, não impedindo a adoção de outro”.

Em arremate, o CNMP não se vincula aos efeitos da ADI nº3460. No aspecto objetivo, pelo fato de que a sua norma não foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, o qual examinou resolução do CSMPDF. Já no limite subjetivo, em razão de que não há vinculação ao órgão editor da norma. Por essa razão, a revogação da norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal não afronta a autoridade da sua decisão.

## **CONCLUSÃO**

A partir do estudo, percebe-se que o acesso a cargo público mediante concurso público, atendido aos critérios estabelecidos tão somente em lei formal é direito fundamental do cidadão que almeja integrar os cargos públicos. Isso reforça a confiança e a

credibilidade na Administração Pública.

Assim, é possível concluir, preliminarmente, que a exigência do triênio constitucional em momento anterior à posse é manifestamente inconstitucional. Viola frontalmente à redação literal do art. 129, § 3º, da Constituição Federal e os princípios da eficiência administrativa e a da proporcionalidade. No mesmo sentido, nos moldes que era regulamentada a norma constitucional, havia uma restrição de um direito fundamental não autorizada pela Constituição por intermédio de resoluções administrativas e em uma fase de inscrição definitiva que não tinha previsão legal, o que ia de encontro ao princípio da legalidade e à teoria geral dos direitos fundamentais.

Essa conclusão se extrai da investigação dos métodos de interpretação constitucional, em especial, a vedação de interpretação não comportada pela norma constitucional.

De outra banda, a medida adotada pelo CNMP é constitucional e legal, não contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº3460 e sendo inatacável judicialmente. A um, pelo fato de que a regulamentação da atividade jurídica se insere dentro da competência dos conselhos administrativos. A dois, pela existência de autonomia e independência do Ministério Público. Finalmente, a três, pelo fato de que a declaração de constitucionalidade de uma norma não significa a sua irrevogabilidade.

Tal problemática recai justamente na extensão dos efeitos vinculantes da ADI que não implica na petrificação da norma infralegal. Do contrário, haveria uma indesejada restrição da atividade legislativa que interferiria diretamente na separação orgânica das funções, tendo em conta que a decisão do STF acabaria por impedir que Poder Legislativo cumpra com a sua função precípua de inovação da ordem jurídica para adotá-la às novas exigências da sociedade.

Por fim, resta esperar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que ainda exige a comprovação dos três anos na inscrição definitiva para concursos para a magistratura, também adote a acertada posição do órgão de controle da carreira ministerial a fim de harmonizar a regulamentação da matéria.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

CAMBI, Eduardo, **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6ªed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual do Direito Administrativo**, Editora Iumen Iuiris, Rio de Janeiro: 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia, **Direito Administrativo**, Atlas, 24ª Ed, São Paulo, 2011, p.84.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. 15ª ed. Madrid: Civitas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade no Direito Brasileiro** disponível em: <http://icjp.pt/sites/default/files/media/1140-2472.pdf> acessado no dia 20 de março de 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, **O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas**. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

SAMPAIO, Jose Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário**. Ed. Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso, **Comentário Contextual à Constituição**, Editora Malheiros, São Paulo: 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, ano

91, volume 798, abril de 2002.

SPITZCOVSKY, Celso, **A inconstitucionalidade do critério da prática de atividade jurídica para concurso público**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2004, disponível em [www.damasio.com.br/](http://www.damasio.com.br/) acessado em 9 de setembro de 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio, **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. – 4 ed- São Paulo: Saraiva, 2011.