

Em defesa de critérios objetivos para promoção por merecimento

“Mas o que é o governo em si próprio, exceto a maior entre todas as reflexões sobre a natureza humana? Se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem os homens, nem os controles internos e tampouco os externos seriam necessários ao governo. Ao constituir um governo administrados por homens que terão autoridade sobre outros homens, a grande dificuldade está aqui: inicialmente, deve-se ter um governo capaz de controlar os governados; e, como passo subsequente, deve-se obrigá-lo a controlar a si próprio”^[1]

Com essas palavras, James Madison estabelece um dos principais desafios ao constitucionalismo e à democracia ocidental: criar defesas contra a tendência de o poder se tornar tirânico. Não nos cabe, portanto, ao criar um sistema político que se queira estável e capaz de tornar possível à sociedade se desenvolver, pressupor a virtude de um governante que possa estabelecer obrigações em face de seus súditos a partir de um absoluto e hipotético desinteresse pessoal e, neste aspecto, dispensando-o de controles de qualquer ordem.

Afinal, o curso da história nos mostra que o poder tende a gerar arbítrio e violência^[2], cabendo aos homens criar uma organização *artificial* pela qual uma ordem é gerada e estabelecer as bases políticas necessárias para que a sociedade se desenvolva em sua plenitude^[3]. Em suma: “a ordem, produto necessário da política, não é natural, nem a materialização de uma vontade extraterrena”, ao contrário, “deve ser construídas pelos homens”^[4].

Assim, o constitucionalismo estadunidense reconhece que única forma de acabar com sequestros dos interesses públicos pelos interesses privados dos detentores de poder seria ou acabar com a liberdade individual, ou criar uma fórmula em que todos os indivíduos tivessem as mesmas vontades e objetivos. Neste aspecto, reconhecendo que a primeira opção é a criação de veneno social e a segunda simples utopia, cumpre às sociedades que se queiram qualificar como democráticas lidar com seus efeitos, tornando-os menos intensos^[5].

A partir deste paradigma, os autores do presente texto entendem que atos *interna corporis* das instituições do sistema de Justiça com autonomia constitucional (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) não são isentos de controle. Especificamente aqui, analisamos o regramento acerca da movimentação e progresso funcional por merecimento dos membros nas respectivas carreiras, dando especial relevância aos atos desse cunho praticados no âmbito da Defensoria Pública atuante nos estados-membros da federação.

Pois bem.

Registramos que, por força de lei, é incumbência dos respectivos conselhos superiores da Defensoria Pública^[6] estabelecer lista tríplice de merecimento e, ao chefe da instituição, optar por um entre os nomes presentes em tal^[7]. Para tanto, é imprescindível a formulação de critérios objetivos para elaboração de referida lista, utilizando-se como principais parâmetros, de um lado a assiduidade e profissionalismo do membro no exercício da função pública e, de outro, seu aprimoramento acadêmico, profissional, intelectual e sua capacidade de difundir ideias e teses jurídicas.

Neste aspecto, defende-se grande objetividade na avaliação dos membros aptos à promoção pelo órgão deliberativo máximo da instituição[8], incumbindo, todavia, ao Defensor Público-Geral a correção de eventuais vícios que, por ventura, poderiam surgir neste *iter*. Deve-se, portanto, repudiar avaliações com fundamento na discricionariedade administrativa do próprio conselho ou com base em argumentos vagos. Repisa-se que calcar a classificação de merecimento num juízo de discricionariedade, embora não conflitante com o entendimento do STF[9], obsta um salutar desenvolvimento de controle dos atos administrativos. Trata-se, assim, de uma discussão acerca da posição política (e não propriamente da correção jurídica) de opor-se a um procedimento de promoção por merecimento sob o crivo da discricionariedade administrativa.

Para tanto, duas questões são de destaque obrigatório: a função da discricionariedade na Administração e a natureza da promoção por merecimento.

Quanto à primeira, segundo Di Pietro, “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”[10]. Por sua vez, a discricionariedade visaria evitar tanto o automatismo decorrente de uma ação puramente normativista quanto o engessamento da Administração, a qual ficaria paralisada a cada advento de um fato-hipótese não prevista pelo Legislador[11].

No tocante à natureza da promoção por merecimento, trata-se de ato de provimento derivado de cargo público, no qual o agente é elevado a cargo situado de maior responsabilidade ou hierarquia na mesma estrutura da carreira a que já pertence.[12]

A partir dessas premissas, questiona-se a *discricionariedade na escolha do candidato a que se deva dar provimento em cargo público*. Após a Constituição de 1988[13], mostra-se como obrigatório que cargos públicos efetivos sejam providos apenas via concurso público, sendo considerado inconstitucional um ato de provimento fora da carreira se não antecedido de concurso público.[14] Atualmente, soaria estranho — para dizer o mínimo —, uma defesa da discricionariedade na seleção pública realizada via concurso, quer na seleção ou ordem classificatória, quer facultando ao administrador a discricionariedade em nomear outro que não o melhor classificado.

Parece-nos contraditório, nesta linha, que, num primeiro momento entenda-se não haver espaço para discricionariedade na seleção de candidatos que queiram ingressar nos quadros da Defensoria Pública (e do serviço público de caráter efetivo em geral) e, posteriormente, entender que esta mesma *ratio* não deva ser levada em conta na seleção dos membros da Defensoria Pública que devam ser promovidos às classes superiores.

Entende-se que, na matéria de provimento de cargo público, um relevo há em se tratando de Defensoria Pública. A instituição foi alçada ao *status* constitucional apenas em 1988, não herdando, portanto, qualquer regramento ou cultura organizacional anterior à ordem constitucional ora posta[15]. Neste entendimento, diferentemente de quase todas as instituições públicas que tiveram que submeter seus atos normativos e suas práticas de gestão ao que prevê a Carta de 1988, a Defensoria Pública nela adquiriu seu formato inicial,[16] permitindo-lhe uma maior propensão à adequação de seus atos aos comandos constitucionais. Neste ínterim, defende-se que a decisão política mais acertada e a que melhor traduziria

o interesse público de controle dos atos da Administração é a de que maximiza a objetividade dos critérios de avaliação para fins de promoção, do mesmo modo e pelos mesmos motivos em que se busca uma máxima objetividade nos concursos públicos.

A discricionariedade teria espaço, em nossa opinião, somente na decisão da Administração de iniciar o procedimento de promoção e, nos termos da Constituição e da Lei Complementar, de o chefe da instituição optar entre um dos membros da lista tríplice. Entendem os autores, nesta linha, não haver espaço para exercício de discricionariedade para a classificação por merecimento dos membros (e aqui pode-se incluir todos os membros integrantes da carreira do sistema de Justiça): *a formação da lista tríplice para fins de promoção por merecimento deve pressupor uma classificação prévia, fundada em critérios objetivos racionais*. Não há campo para discricionariedade da Administração em estabelecer os componentes de lista dos que mais mérito possuam ou o fazer a partir de critérios vagos que apenas a ofuscam.

Neste último aspecto, veja-se, por exemplo, que no âmbito no Ministério Público do Paraná estabeleceu-se que seu Conselho Superior elaboraria lista de merecimento de membros. Por outro lado, são criados critérios de enorme vagueza e subjetividade que dificultam sobremodo (ou até impossibilitam) qualquer tipo de controle dos motivos que levaram à escolha de um promotor de justiça em detrimento de outro. A respeito, o artigo 25 do Regimento Interno do Conselho Superior do MP-PR estabelece que o órgão deverá elaborar lista tendo em vista a participação em eventos, eficiência profissional, publicações acadêmicas, entre outros. Todavia, não especifica os atos do membro que serão efetivamente utilizados para tanto, tampouco estabelece critério valorativo suficiente para controle das escolhas e ainda permite a seleção de membros por simples *“razões complementares de interesse na promoção ou remoção”* (inciso IV).

Portanto, a defesa pela adoção de critérios objetivos para a promoção assenta-se na premissa de que esta decisão política é a que melhor atende a interesses republicanos. Traz, ademais, previsibilidade e transparência aos próprios membros das carreiras do sistema de Justiça. Estes poderiam, caso desejassem, planejar suas ações nas instituições de acordo com as hipóteses de merecimento já sinalizadas anteriormente pela própria Administração^[17].

Em uma ordem democrática é desejável pelos cidadãos, sempre que possível, construir uma estrutura normativa passível de ser objetivamente controlada, não por desconfiança do Administrador, mas por ser o Administrador, tal como todo cidadão, uma pessoa e, por isso, sujeito às naturais e limitantes paixões (irracionais) humanas, o que leva a residir na norma jurídica objetiva (e controlável) a esperança de racionalidade que se deseja da Administração Pública.

Finalizamos, o presente texto, assim, manifestando-nos acerca da premente necessidade de criação de critérios objetivos e transparentes para promoção por merecimento de membros da Defensoria Pública e das demais instituições do sistema de Justiça com autonomia constitucional.

[1] Tradução livre de: *“But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself*

”. (MADISON, James, Paper n. 51. In *The Federalist. Indianapolis: Liberty Fund*, 2001. p. 268/269)

[2] Segundo Hamilton, devemos sempre ter em mente que os homens são “*ambitions, vindictive, and rapacious*” e pensar de forma contrária seria ignorar “*the uniform course of human events, and to set at defiance the accumulated experience of ages*” (HAMILTON, Alexander, Paper n. 6. In *The Federalist. Indianapolis: Liberty Fund*, 2001. p. 21). A título de exemplo, apontamos que, mesmo na sempre celebrada democracia ateniense em que o poder era exercido diretamente pelos cidadãos e em regime de rodízio, havia tendência a abusos e interesse para manutenção de privilégios. Para detalhes, ver: LEBRUN, Gerard, *O que é Poder?* Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984, p. 26/27.

[3] A partir da artificialidade da sociedade tem-se a sempre incompreendida máxima hobbesiana: “*Auctoritas non veritas facit legem*” (i.é. “é a autoridade, não a verdade, que faz a lei”). Para detalhes, ver: LEBRUN, Gerard, *O que é Poder?* Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1984, p. 39/40.

[4] SADEK, Maria Tereza, Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtù. In *Os Clássicos da Política*. WEFFORT, Francisco (Org.). São Paulo: Ed. Ática, 2003, p. 18.

[5] MADISON, James, Paper n. 10. In *The Federalist. Indianapolis: Liberty Fund*, 2001. p. 43.

[6] “A promoção por merecimento dependerá de lista tríplice para cada vaga, elaborada pelo Conselho Superior, em sessão secreta, com ocupantes do primeiro terço da lista de antigüidade.” (art. 116, §3º, Lei Complementar Federal 80/1994).

[7] “As promoções serão efetivadas por ato do Defensor Público-Geral do Estado, obedecidos, alternadamente, os critérios de antigüidade e merecimento” (art. 116, caput, Lei Complementar Federal 80/1994).

[8] “Não é o Conselho Superior apenas órgão normativo, mas também fiscalizatório, comportando-se como “poder legislativo da Defensoria Pública” imprescindível à concretização da Defensoria como instituição de estado e não de Governo, instituição verdadeiramente autônoma. É o caso, por exemplo, das promoções e processo disciplinares, bem como da necessária aprovação do plano anual de atuação e do afastamento de membros da instituição” (ROCHA, Amélia S. *Defensoria Pública – fundamentos, organização e fundamentos*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 194, grifo no original)

[9] Por todos: “A aferição do merecimento é feita levando-se em conta diversos critérios, não apenas dados objetivos, mas também outros relativos à produtividade e presteza no exercício da jurisdição”.

(MS 27.960 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 27-10-2011, DJE de 11/11/2011)

[10] Di Pioto, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Ed. Forense, 2017. P. 292.

[11] *Idem*.

[12] *Ibidem*, p. 824.

[13] Anteriormente, admitia-se a possibilidade dos chamados “concursos internos”, cujo âmbito de habilitados restringia-se a quem já ocupava um cargo público, ou, ainda, transposição, permitindo que um ocupante de um cargo fosse alçado a outro pertencente a outra carreira.

[14] STF, SV 43: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

[15] A Defensoria Pública é a única instituição cuja carreira de membros fora criada pela própria CRFB, o que exigiu do Legislador Constituinte a prever a regra de transição do art. 22 do ADCT.

[16] Diz-se inicial em razão das profundas alterações provocadas com a Emenda Constitucional 80/2014.

[17] É possível vários modelos de objetividade da avaliação de membros das carreiras jurídicas para fins de promoção por merecimento. Cita-se, pela proximidade dos autores, o modelo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual quantifica um grupo de atividades tipificadas a serem desenvolvidas pelos magistrados e, após somatório dos quanto, classifica-os (Cf. art. 374 e ss do Regimento Interno do TJPR (Res. 01/2010 do Tribunal Pleno), disponível em <https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno>)

Date Created

05/06/2018