

ASPECTOS CONTROVERTIDOS PARA O INGRESSO NAS CARREIRAS DA MAGISTRATURA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Priscila Nóbrega de Miranda¹
Prof. Me. Henrique Batista de Araújo Neto²

RESUMO

O presente estudo trata dos requisitos que são exigidos para ingressar nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público à luz do que vem sendo decidido nos Tribunais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. Far-se-á uma abordagem sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, como também o termo atividade jurídica e a divergência de posicionamento entre o Conselho Nacional da Magistratura e o Conselho Nacional do Ministério Público. Procurar-se-á, com isso, acentuar a discussão sobre o momento que deverá ser exigido a comprovação dos três anos de atividade jurídica exercida pelo candidato, demonstrando que o entendimento não se encontra sedimentado e atualmente está em Repercussão Geral. A metodologia de pesquisa utilizada, na sua grande maioria, foi a pesquisa bibliográfica de artigo e consultas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de Tribunais Regionais Federais e Estaduais, como do CNJ e CNMP.

Palavras-chave: Magistratura. Ministério Público. Momento de Comprovar Atividade Jurídica. Concurso Público.

THE CONTROVERSIAL ASPECTS TO BECOME A MAGISTRACY AND A PROSECUTOR.

ABSTRACT

The present study deals with the requirements that are required to become a judiciary and prosecutors looking what has been decided in the courts, in the STJ and STF. Far will approach on the Constitutional Amendment nº. 45/2004, as well as the legal term judicial activity and divergence between the CNJ and CNMP. Search will thereby enhance ABOUT when they need to prove the three years that judicial of legal activity carried, demonstrating that understanding is not settled and is currently in General Repercussion. The research methodology used, mostly, was the literature search and article queries the jurisprudence of the STF and STJ, and the TRF and TJ, as the CNJ and CNMP.

Keywords: Magistracy. Prosecutor. The moment to prove the judicial activity. Concurso.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN E-mail: lilannobregamiranda@hotmail.com

² Mestre Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI - RN E-mail: prof.henriquebatista@gmail.com

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar a exigência de comprovação de três anos de atividade jurídica inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04, ora exigida na inscrição definitiva e ora no ato da posse.

Inicialmente vai tratar da reforma do Judiciário com a Emenda Constitucional e da inserção de tal exigência. Explicando que a Emenda Constitucional nº 45/04 introduziu a tão esperada Reforma do Judiciário, que tramitou no Congresso Nacional por mais de uma década e finalmente foi promulgada em meados de dezembro do ano de dois mil e quatro. A referida Emenda trouxe a lume diversas questões controvertidas, dentre essas a exigência de três anos de atividade jurídica para aqueles que almejam ingressar na carreira da Magistratura e do Ministério Público.

Posteriormente, abordará como se dá o ingresso nas carreiras, que continuou a ser mediante concurso público de provas e títulos, sendo o cargo inicialmente de juiz substituto e promotor substituto, submetidos a estágio probatório e após dois anos de exercício do cargo poderão ser vitaliciados.

Serão debatidos ainda os requisitos para investidura em cargo público e também a súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), súmula essa que não deverá ser utilizada quando se trata das carreiras da Magistratura e do Ministério Público.

Além da necessidade do triênio, que será exigida dos futuros membros com um tempo mínimo de experiência, e o momento de cobrar esses três anos. Como também o fato de o termo “atividade jurídica” não ter sido esclarecido pela lei. Por isso, os artigos 93 e 129 da Constituição Federal são alvo de uma intensa discussão.

Analisar-se-á o termo atividade jurídica, a necessidade dos três anos de atividade jurídica, o direito fundamental, a legitimidade e função do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e “eternas” opiniões divergentes.

Dentro desse contexto, pergunta-se: quando deverá ser comprovado o triênio de atividade jurídica, na inscrição definitiva ou na posse? O que significa o termo atividade jurídica? O entendimento jurisprudencial se encontra pacificado? Por que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) entendem

diferente? Quem mudou de entendimento? Por que a súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não se aplica a essas carreiras?

Para responder essas perguntas, far-se-á um estudo para investigar os posicionamentos atuais com uma metodologia teórica-descritiva com análise em estudos jurisprudenciais, ou seja, o estudo não esgotará um tema tão complexo e controvertido, estando esse aberto ainda para discussão em Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal (STF).

Registra-se que a escolha do tema se justifica por serem inegáveis as controvérsias, que existem sobre a fase do certame que deverá ser comprovada a atividade jurídica. São oito anos de grandes discussões e surpreendentes decisões, mostrando que a ADI não foi suficiente para cessar as discussões e pacificar o entendimento.

2) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04 E A INSERÇÃO DO TRIÊNIO

A reforma do Poder Judiciário consistiu em importância decisiva para a jurisdição constitucional, visando resguardar os direitos fundamentais e agilizar o funcionamento do Poder Judiciário. Deixando evidente que a emenda acarretou em inúmeras mudanças no texto constitucional, capazes de renovar e reafirma a importância de suas funções.

Sendo consideradas as crises e as adaptações dos interesses nacionais e internacionais, que eram vividos na época, a emenda constitucional ficou conhecida como reforma do Judiciário, baseada em três pontos: alteração constitucional no Código de Processual Civil, no Código Processual Penal e modernização administrativa da justiça. Alcançaram-se os procedimentos e a estrutura do sistema jurídico brasileiro.

Em se tratando do aspecto procedimental buscaram a agilidade processual, enquanto que na alteração do sistema foi proposta a implantação de um controle externo com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A composição dos respectivos conselhos é considerada mista, pois tem a presença de membro do Poder Judiciário e também do Ministério Público, com a função de fiscalizadores das Instituições.

A Emenda Constitucional nº 45 de certa forma foi um apoio não só para as alterações no sistema da justiça através da lei, mas também foi propulsora das transformações que seguiam em direção à solidificação da democracia.

Por isso, a reforma está ligada diretamente a um processo histórico do Estado brasileiro, afinal compreende-se como um caminho de mudanças que repensou a Justiça brasileira. Ou seja, a Reforma do Judiciário não surgiu do zero, foram propostas e estratégias baseadas no

sistema de justiça criado pela Constituição de 1988, como também de pontos que não estavam presentes na Carta Constitucional.

Dos pontos ainda não elencados na Constituição, foi inserida pela emenda a exigência de no mínimo três anos de atividade jurídica para ingressar na carreira de Magistrado e do Ministério Público, além da aprovação em concurso público de prova e títulos como também ser bacharel em direito.

A justificativa dada para inserção dessa exigência aos artigos 93, I e 129, § 3º da Constituição Federal, foi de exigir que os aspirantes a essas carreiras tenham um tempo mínimo de experiência e vivência no mundo jurídico. Um tempo para amadurecimento dos conhecimentos que foram aprendidos durante a graduação em direito, para assim se prepararem e ficarem mais capacitados para exercerem suas funções, proporcionando assim um melhor desempenho e garantindo “segurança” para sociedade.

O Professor Celso Spitzcovsky em um artigo pergunta, se a exigência dos três anos de atividades jurídicas atendeu aos objetivos que justificaram a sua inclusão na proposta de emenda. Ao responder, Spitzcovsky negou, justificando que não se conseguirá apurar a eficiência dos candidatos, pois acredita ser uma exigência desarrazoada, além de retirar do certame potenciais candidatos, que poderiam atender melhor aos interesses da coletividade.¹

Corroborando em parte com o que disse o Professor Spitzcovsky, o Desembargador Aposentado Accácio Cambi do Estado de São Paulo apresenta os aspectos positivos e negativos sob a sua perspectiva. Primeiramente trás os positivos, afirmando que se o candidato já atuou como operador do direito em várias áreas disponíveis, certamente estará melhor orientado na prática e no trato das coisas da justiça, claro que pela ótica do advogado.²

Em contrapartida cita os aspectos negativos, defendendo que tal exigência poderá desvirtuar o caminho de um estudante recém formado, pois impossibilitará de ingressar desde logo na carreira da Magistratura ou do Ministério Público, obrigando-o a cumprir o prazo mínimo de três anos de atividade jurídica, que pode afastá-lo de sua vocação. Seja porque obteve sucesso como advogado, ou porque decorrido o lapso temporal não tenha mais interesse em retomar os estudos. Além de que, poderá ocorrer que aqueles candidatos que não obtiveram sucesso na advocacia, venham a ter interesse por essa carreira com a finalidade tão somente de conseguir uma aposentadoria mais vantajosa.²

Observa-se que existem diversos posicionamentos a respeito da exigência do triênio, mas as discussões cessaram quando se iniciaram as indagações sobre quando deveria ser

comprovada a atividade jurídica e o que viria a ser o termo “atividade jurídica”, já que a lei não mencionou.

A expressão usada para usada para inserir a exigência aos artigos 93 e 129 da Constituição Federal foi alvo de diversas críticas, pautadas no grau de subjetivismo da expressão.

Sendo assim, para maior esclarecimento será prudente trazer o que diz o Dicionário Aurélio. Para Aurélio, atividade quer dizer: “qualidade ou estado ativo; ação; diligência; afã; qualquer ação ou trabalho específico; modo de vida; profissão”. Já o termo Jurídico quer dizer: “relativo ou pertencente ao direito; conforme aos princípios do direito; lícito; legal”. **3**

Então a junção dos vocábulos transforma-se em uma expressão bastante ampla, pois reputa-se a toda e qualquer ação vinculada ao direito. Por isso, os críticos defendiam que atividade jurídica é gênero da espécie prática forense, ou seja, um conceito bem mais amplo. Sempre que o tema era debatido em artigos científicos se clamava pela mesma coisa, que em razão do subjetivismo fosse regulamento o que seria a expressão atividade jurídica.

Foi esclarecido que o sentido empregado através da expressão “atividade jurídica” vai além do sentido comum, o legislador fez uso da expressão com a intenção de empregar um sentido técnico e ir além do termo prática forense. Então significa atividade privativa do bacharel em direito.

Por isso, a primeira conclusão é que os três anos exigidos pela lei são referentes ao período posterior à conclusão do curso. Deixando de lado, portanto, os estágios e prática realizados no período da graduação.

Em decisão recente, 4 de setembro de 2012, do Supremo Tribunal Federal (STF) que teve como Relator o Ministro Dias Toffoli foi usado mais uma vez o entendimento que teve a Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.460/DF sobre a expressão em questão. O significado da expressão foi que trata de um desempenho que se faz imprescindível a conclusão do curso de direito.**4**

Diante disso, não há que se questionar mais o significado da expressão, em razão do Supremo ter esclarecido em diversas decisões qual seria o real significado, como também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) disciplinou o que se entende por “atividade jurídica” na resolução nº11 nos artigos 2º e 3º.

1SPITZCOVSKY, Celso. A inconstitucionalidade do critério de prática de atividade jurídica para Concurso Público. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 27. Out. 2012.

2CAMBI, Accácio. Reforma Constitucional do Judiciário. Exigência prévia de atividade jurídica para ingresso na Magistratura. Considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Orgs.). Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/04. São Paulo: RT, 2005. p.14

3) REQUISITOS DA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO E A SÚMULA 266 DO STJ.

Para investidura em cargo público existem os requisitos básicos, conforme preleciona a lei nº 8.112/90 em seu artigo 5º.⁵

Quanto ao momento para investidura no cargo considera-se o ato da posse, conforme diz a lei mencionada anteriormente em seu artigo 7º, corroborando com esse artigo a súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) diz que o diploma ou habilitação legal devem ser exigidos na posse, para o exercício do cargo e não na inscrição para o concurso público. Demonstrando que a posse é realmente o ato que investe o aprovado no cargo, não uma inscrição que apenas gera expectativa de direito.

Apesar do entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), não se pode olvidar que o direito sobre o qual se operou a restrição tem natureza de direito fundamental e, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal (RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-08, Plenário em 11.12.2008), “qualquer restrição aos direitos e garantias fundamentais, quando expressamente autorizada pelo texto constitucional, somente pode ser concretizada por meio de lei formal”, o que certamente não é o caso da Resolução n. 75/2009-CNJ.

Como se a inconstitucionalidade formal já não fosse evidente, tem-se ainda a inconstitucionalidade material dos atos normativos mencionados, isto porque anorma constitucional que impõe o requisito de três anos de atividade jurídica condiciona apenas o ingresso do candidato na carreira da magistratura, não impedindo, todavia, a sua manutenção no certame caso não perfaça tal lapso temporal. A regra é auto-explicativa e dispensa esforço hermenêutico, não suscitando qualquer dúvida.

Ressalta-se: em nenhum momento a Constituição exige que os três anos de atividade jurídica sejam comprovados por ocasião da inscrição definitiva. Muito pelo contrário, quem faz tal restrição é a Resolução n. 75/2009, que, conforme mencionado, sequer tem status de espécie normativa constitucional. A Norma Suprema, por sua vez, estabelece expressamente que o momento para comprovação do tempo de experiência é, como anteriormente afirmado, o ingresso na carreira, que somente acontece mediante o efetivo ato de posse.

Neste sentido, é nítido perceber que a terminologia “ingresso na carreira” se confunde com investidura, entrada, acesso, admissão, início e nada tem que ver com “inscrição

³ BUARQUE, Aurélio. Dicionário. 1975, p. 155 e 853 respectivamente.
⁴ADIN nº 3.460/DF, Relator Ministro Ayres Britto.

definitiva”, que por sinal ocorre antes do ingresso e sequer o garante tendo em vista que só ocorrerá mediante a aprovação exitosa dentre as vagas ofertadas no certame.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já sumulou: “O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público”.⁶

E não se há de cogitar a inaplicabilidade do referido entendimento aos concursos da magistratura, uma vez que a própria súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não faz qualquer restrição neste sentido. Ademais, ofende ao princípio da igualdade autorizar que determinados profissionais comprovem a qualificação profissional no momento da posse, enquanto outros devem fazê-lo na inscrição definitiva.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou entendimento restringindo às carreiras da Magistratura e do Ministério Público, não incidindo a súmula 266 do mesmo Tribunal, sem impedir que incida em outras carreiras. Essa decisão foi fundada na nova redação dada ao art. 93, I, da CF, pela EC 45, bem como no art. 129, § 3º da CF. Nas lições de CARVALHO FILHO, o posicionamento acima não foi abonado. Corroboramos desse posicionamento também. Afinal, a alteração introduzida pela emenda em momento algum faz menção ou referência ao momento de comprovação do tempo de atividade jurídica. Por isso, a contagem do referido período deverá se estender até a posse, pois é nesse momento que o candidato irá ingressar na carreira. Ambos os dispositivos constam a expressão ingresso na carreira, que ocorrerá apenas no ato da posse.⁷

Ou seja, se para o ingresso em qualquer uma das demais carreiras públicas somente é necessário demonstrar que foram atendidos os respectivos requisitos para exercício do cargo no momento da posse, não há sentido, nem muito menos lógica jurídica, em se exigir que os candidatos à magistratura comprovem ter cumprido tais exigências ainda na fase da inscrição

5Lei 8.112/90 - Art. 5º: São requisitos básicos para investidura em cargo público:I - a nacionalidade brasileira;II - o gozo dos direitos políticos;III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;V - a idade mínima de dezoito anos;VI - aptidão física e mental.§ 1º As atribuições do cargo podem justificar a exigência de outros requisitos estabelecidos em lei.§ 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% das vagas oferecidas no concurso.§ 3º As universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica federais poderão prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, de acordo com as normas e os procedimentos desta Lei.

⁶STJ – Súmula 266

⁷Manual de Direito Administrativo, 2010, p. 706.

definitiva. Afinal, é apenas na posse que se iniciam as funções para cujo desempenho a Constituição exige a experiência jurídica.

Neste sentido, o Ministro Maurício Correia ensina que a posse marca o início dos direitos e deveres funcionais, além de gerar restrições, impedimentos e incompatibilidade para outros cargos e determinadas funções. Então com a posse o cargo ficará provido, não podendo ser ocupado por outro. Contudo, só se completa o provimento com o exercício das atividades, funções, adquirindo as vantagens do cargo e as contraprestações pecuniárias devidas pelo Poder Público.⁸

Ab initio, é preciso esclarecer que o inciso I do art. 37 da Constituição Federal estabelece expressamente 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.”

Por sua vez, o artigo 93, inciso I, prevê que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (STF), disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observado o princípio segundo o qual o ingresso na carreira dependerá da comprovação, pelo bacharel em Direito, de, no mínimo, três anos de atividade jurídica. Ressalta-se, todavia, que desde a entrada em vigor da EC n. 45/2004, que alterou a redação do citado dispositivo para os termos transcritos, ainda não foi editada a respectiva Lei Complementar exigida para tratar sobre o Estatuto da Magistratura. Atualmente, a carreira continua sendo regida pelas normas previstas na LC n. 35/79, que, diga-se de passagem, sequer alude ao referido requisito constitucional como necessário para o ingresso na magistratura.

Sendo assim, em virtude da inércia legislativa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) adiantou-se e, por intermédio da Resolução n. 75/2009, tratou de regulamentar o dispositivo constitucional.⁸

Surpreendentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de um ato normativo infralegal, regulamentou dispositivo da Constituição Federal que tratava de norma

8 Art. 23. A inscrição preliminar será requerida ao presidente da Comissão de Concurso pelo interessado ou, ainda, por procurador habilitado com poderes especiais, mediante o preenchimento de formulário próprio, acompanhado de: (...)

§ 1º O candidato, ao preencher o formulário a que se refere o “caput”, firmará declaração, sob as penas da lei:

a) de que é bacharel em Direito e de que deverá atender, **até a data da inscrição definitiva**, a exigência de 3 (três) anos de atividade jurídica exercida após a obtenção do grau de bacharel em Direito;

b) de estar ciente de que a não apresentação do respectivo diploma, devidamente registrado pelo Ministério da Educação, **e da comprovação da atividade jurídica, no ato da inscrição definitiva, acarretará a sua exclusão do processo seletivo;**(...) (grifos acrescentados)

de direito fundamental, restringindo, inclusive, o seu âmbito de abrangência. Tal ato normativo é cristalinamente inconstitucional, uma vez que não possui a forma exigida pela Constituição Federal para tratar da aludida matéria.

O texto constitucional exige que eventual disciplinamento do ingresso na carreira da magistratura seja feito por Lei Complementar e a inobservância das respectivas normas que disciplinam o processo legislativo é causa de inconstitucionalidade formal do ato normativo produzido.

Sendo assim, a Resolução efetivamente padece do vício de inconstitucionalidade formal. Com efeito, não cabe ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) legislar em temas cujas matérias pertencem ao campo do legislador.

Resolução, Instrução Normativa, Portaria e outros atos administrativos, sobretudo quando ausente lei anterior que autorize ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a prerrogativa de regulamentar o tema, são apenas instrumentos pelos quais, na Administração, uma autoridade superior dá orientações a esferas inferiores. Com efeito, há limites ao poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É elucidativa a lição do ilustre Celso Antônio Bandeira de Melo ao discorrer sobre princípios administrativos, quando dia que o princípio da legalidade em nosso país tem como significado que nada pode fazer a não ser que a lei o determine, diferente dos particulares que fazem tudo que a lei proíbe. ⁹

Como explica Geraldo Ataliba, *"a lei tem cunho inaugural, inovador – e o regulamento é ato menor, inferior, de aplicação. É ato secundário e, pois, meramente administrativo"*.

Não se pode olvidar que o direito sobre o qual se operou a restrição tem natureza de direito fundamental e, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) (RE 575.144, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-08, Plenário), *"qualquer restrição aos direitos e garantias fundamentais, quando expressamente autorizada pelo texto constitucional, somente pode ser concretizada por meio de lei formal"*, o que certamente não é o caso da Resolução n. 75/2009-CNJ.

⁹ "O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina... Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize". MELLO, Celso Antonio.

¹⁰ MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 13ª Ed. São Paulo: ed. Malheiros, 2001.

¹¹ RE nº 120.133-9, Min. Rel. Mauricio Correia.

4) MOMENTO DE EXIGÊNCIA DO TRIÊNIO

4.1 ATO DA INSCRIÇÃO, INSCRIÇÃO DEFINITIVA OU DA POSSE?

Desde que a exigência do triênio foi inserida pela Emenda Constitucional nº 45/04, iniciou-se uma intensa discussão sobre qual seria o momento que deveria ser comprovado à atividade jurídica de três anos no mínimo. Considerando que a lei não inseriu essa particularidade, conforme dizem os artigos 93, I e 129, § 3º da Constituição Federal.¹⁰

Isto é, em nenhuma parte da lei fica evidente o momento específico em que o candidato deverá apresentar as provas de que exerceu atividade jurídica durante três anos, não há qualquer menção a inscrição definitiva, ato da inscrição ou posse. Porém, trata-se de um cargo público e a lei 8.112/90 que rege esses no seu artigo 7º fala que a posse é o momento correto para se apresentar a habilitação ou diploma do curso, além da súmula 266 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que compactua do mesmo pensamento.

Essa distinção tem muita relevância, pois pode ser decisiva para a vida de um candidato, pois entre a inscrição definitiva e posse se passa um tempo considerável que poderá acarretar prejuízos definitivos. Afinal, se o requisito tem como finalidade um melhor preparo para o exercício do cargo, então deve ser exigido no ato da posse que será quando finalmente irá iniciar suas atividades como juiz ou promotor.

Interessante observar que se o período mínimo de três anos precisa ser comprovado na data da inscrição definitiva, serão aplicados critérios diferentes para todos os outros concursos públicos. Não seria uma afronta ao princípio da razoabilidade e da igualdade?! Nos concursos jurídicos, principalmente para preenchimento das vagas da Magistratura e do Ministério Público, entre a publicação do resultado, a primeira prova e o final do certame há muito tempo, na maioria das vezes superando o que estava previsto, palavras do Professor Danilo Andreato. ¹¹

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido pela impossibilidade de se exigir a comprovação deste requisito na data da inscrição definitiva quando esta não estiver, pelo menos, possivelmente prevista no edital de abertura. Por isso, para que seja exigida a comprovação dos três anos no momento da inscrição definitiva, recomendar-se que se faça constar nos editais de abertura do concurso a data provável para realização de tal inscrição. Em caso de antecipação do cronograma inicial, nenhum prejuízo poderá recair sobre os interessados inscritos, considerando que a data inicialmente prevista para essa inscrição os tornaria apto à exigência constitucional. Conclui-se que, a antecipação da data prevista no edital de abertura para a inscrição definitiva não pode acarretar a exclusão de candidato,

relatos do Ministro Nilson Naves. **12** Por ocasião de seu voto, o Ministro Relator explicou o que na ementa do acórdão não ficou suficientemente claro. **13**

Noutra feita, levando em conta exatamente o critério da experiência, o Ministro Carlos Ayres Britto – atual Presidente do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – em voto proferido nos autos da ação direta de inconstitucionalidade de n. 3460/DF, esclareceu que a forma de contagem do tempo de atividade jurídica não pode partir de uma fórmula exclusivamente matemática.

A razão de ser do seu posicionamento é justamente permitir que alguém que não possui 3 (três) anos de formado, mas já ingressou no terceiro ano de atividade jurídica não seja impedido de adentrar nos quadros da magistratura. Em brilhante explanação, o citado ministro manifestou que a exigência de três anos de atividade jurídica após ser bacharel, não quer dizer que será necessariamente o cálculo matemático de 365 dias vezes 3, segundo calendário do ano civil. Alega ser possível ser interpretada a luz do calendário forense.

4.2 CNJ E CNMP: FUNÇÃO, LEGITIMIDADE, DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTO.

Após diversas transformações, o Poder Judiciário recebeu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A Emenda Constitucional pretendeu gerar uma forma de controle das funções da justiça, melhorando o seu funcionamento e também a modernização da gestão do judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem como competência preservar e zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, observando o art. 37 da CF/88; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, representar ao Ministério Público nos casos previstos, rever processos disciplinares

12Art. 93: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases,**exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica** e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

Art. 129:§ 3º 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, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. - 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, três anos de atividade jurídica** e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.” (grifos nossos)

13ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7942>>. Acesso em: 22 de outubro. 2012.

14RMS 26.667/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/03/2009.

de juízes e membros de tribunais julgados, elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas e por fim, elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho (art. 103-B, I,II,III,IV,V,VII da CF/88).

Contudo, vale reforçar que o Conselho não possui competência jurisdicional, nem poderá exercer função capaz de interferir na função típica do Judiciário. Ou seja, o grande papel será acompanhar a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário, verificando-as e levando-as ao conhecimento do Congresso Nacional, sempre que necessário.

É também de interesse do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fornecer subsídios que impulsionem o crescimento do Poder Judiciário, priorizando e organizando os recursos públicos, para direcioná-los de acordo com preceitos constitucionais.

Como já mencionado, a Emenda Constitucional também criou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no art. 130-A da Constituição Federal, para zelar pela autonomia funcional e administrativa, como também pela observância do art. 37 e dos atos administrativos praticados por membros do órgão do Ministério Público.

As principais atividades desempenhadas são o recebimento e conhecimento das reclamações contra os membros, ou seja, processos disciplinares. Esses processos poderão ser revistos de ofício ou por provocação. Não há diferença entre os atos do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e os do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as resoluções tem a mesma fundamentação jurídica.

Norteados pelas mesmas diretrizes, apenas registrando que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabelece a competência de zelar pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, enquanto que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não expressa

15Voto do RMS 26.667/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/03/2009: “(...)Tendo a Constituição exigido que os candidatos comprovem ao menos três anos de atividade jurídica e havendo o entendimento de que o preenchimento dessa condição deve ser comprovado no momento da inscrição definitiva, somente com a indicação da data provável em que tal etapa será realizada é que aos candidatos será possível verificar se satisfazem esse requisito, ficando, assim, franqueado a tantos quantos se interessarem o acesso à carreira. Daí que, com a nova redação dada ao art. 93, I, da Constituição, faz-se necessário que, em todos os editais de abertura de concursos para ingresso na magistratura, seja indicada a data em que ocorrerá a inscrição definitiva dos candidatos. E mais: uma vez feita tal previsão, nenhuma alteração subsequente do cronograma poderá prejudicar aqueles candidatos que decidiram participar do certame considerando que teriam como comprovar, no período previamente informado, os ditos três anos. Estariam ou não estariam de boa-fé? Creio que sim. Ainda que à administração seja dado, por motivo superveniente, antecipar a data da inscrição definitiva nos concursos da magistratura, mais prudente será que não o faça; se, por qualquer razão, houver de fazê-lo, deverá resguardar o direito daqueles inscritos que somente poderiam atender às exigências caso mantida a data inicialmente fixada (substitua-se, hipoteticamente, a exigência de três anos de atividade jurídica por outra concernente a, por exemplo, idade mínima, e os potenciais prejuízos decorrentes da antecipação da inscrição definitiva serão ainda mais evidentes).” (grifos acrescentados).

explicitamente essa diretriz. Porém, a sutil diferença não ocasiona tratamento diferenciado do constituinte derivado quanto à legitimidade.

Através da Emenda Constitucional nº 45/2005 que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), também passou-se a exigir dos bacharéis em Direito a comprovação de 3 anos de atividade jurídica, no mínimo, para ingressar na Magistratura e no Ministério Público (art. 93, I e art. 129, §3.º, respectivamente).

Cada um dos Conselhos editou a sua Resolução para regulamentar o critério da “atividade jurídica” para inscrição em concurso público, estabelecendo como o momento a etapa da inscrição definitiva a sua demonstração. Sendo encontrado atualmente na Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que revogou a Resolução 11/2006.

No entanto, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) finalmente mudou o entendimento, passando a entender que à oportunidade de se comprovar o tempo de atividade jurídica nos concursos para o MP será a data da posse, modificando o art. 3º da Resolução n. 40/2009. O relator Adilson Gurgel foi claro ao afirmar que o transcrito dispositivo constitucional deve ser interpretado literalmente e no sentido mais benéfico, ocorrendo no ato da posse e consequentemente no exercício do cargo. Nada mais justo e razoável.

Afinal, qual o sentido de se exigir do candidato a comprovação do seu tempo de experiência jurídica enquanto apenas existe a mera perspectiva de uma aprovação?

O legislador constituinte foi bastante sensato ao estipular que tal requisito somente fosse comprovado no momento em que o candidato efetivamente ingressasse na carreira, pois o verdadeiro sentido da norma é tão-somente o de impedir que pessoas sem o mínimo de experiência ingressem na magistratura, uma carreira de tantas exigências e responsabilidades.

A Resolução n. 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), portanto, colide diretamente com o texto constitucional, na medida em que restringe direito que a própria Constituição não restringiu. O pior é que ela não apenas restringiu um direito ao qual a norma constitucional autorizasse a restrição – como acontece nos casos das normas de eficácia contida – mas, pelo contrário, a resolução contradisse o próprio dispositivo constitucional.

O inciso I do artigo 93 da Constituição Federal é taxativo: os três anos de atividade jurídica devem ser comprovados no momento de ingresso na carreira. Portanto, nenhuma outra norma, nem mesmo aquela que assumisse a forma de Lei Complementar, poderia dispor em sentido diverso, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade material.

Destarte, verifica-se que o ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) viola diretamente à Constituição Federal. Na verdade, a liberdade administrativa-normativa do citado órgão ultrapassou a esfera dos limites estritamente necessários para assegurar o exercício do direito

subjetivo constitucional e impôs uma restrição tão forte ao direito tutelado que tornou sem significado prático a própria proteção. Em outras palavras, na ânsia de regulamentar o ingresso na magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acabou por esvaziar o direito de muitos candidatos de fazerem parte desta carreira e, como consequência, suprimiu o direito do Estado de possuir em seus quadros pessoas com qualificação técnica e experiência suficiente para o exercício do cargo.

Ora, certo é que quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do necessário, impondo às medidas tomadas uma intensidade ou extensão inúteis, torna-se evidente a ilegalidade de sua conduta, isto porque ninguém deve ser obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam imprescindíveis à satisfação do interesse público.

É importante ressaltar, todavia, que embora a Resolução venha sendo aplicada na *praxes*, muitos são os casos em que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) e os demais tribunais têm flexibilizado a sua aplicação, quando, em razão das peculiaridades da situação, verificam a necessidade de agir com razoabilidade. Tal medida não é outra coisa senão consoante com a própria Constituição Federal.

Cumprir observar que a relativização da regra não se deu tão-somente em função do momento oportuno para comprovar os três anos, mas, pelo contrário, já houve situação em que o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu segurança à determinada candidata no 23º concurso para Procurador da República (MS 26.690) que ainda faltava um ano para completar o triênio constitucional, apenas pelo fato dela já ser Promotora de Justiça à época. Isto contribui para demonstrar que a norma da Resolução citada não é absoluta, devendo ser apreciada à sua aplicação ao caso concreto.

Outrossim, em outras oportunidades, mais precisamente no 24º concurso do Ministério Público Federal, a Corte Suprema concedeu a segurança para os candidatos que estavam muito próximos de atingir o lapso temporal exigido para a inscrição definitiva, como ocorreu no MS 27.604; no MS 27.608; e, no MS 26.681.

Recentemente, o mesmo tema voltou a ser discutido no Supremo Tribunal Federal (STF), nas reclamações n. 10.285 e 10.350. Nestas ocasiões, as liminares concedidas pelos Tribunais de Justiça de Sergipe e do Rio Grande do Norte para o deferimento da inscrição definitiva dos respectivos candidatos foram devidamente mantidas pela Corte Suprema, o que sinaliza a necessidade de revisão do próprio teor da Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Aliás, em oportunidade anterior, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia

se manifestado no mesmo sentido. 14 Os Tribunais Estaduais, Excelência, também têm seguido este mesmo entendimento. 15

Em 28 de fevereiro de 2012, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) também seguiu esta orientação, na medida em que deferiu liminar para que determinado candidato participasse da prova oral do 25º Concurso para o cargo de Procurador da República, nos autos do Procedimento Administrativo nº 0.00.000.000134/2012-72. 16

A propósito, como consequência deste julgamento, foi apresentada – na sessão do dia 21 de março de 2012 – proposta de alteração das resoluções números 29/2008 e 40/2009, que regulamentam o conceito de atividade jurídica para concursos públicos de ingresso nas carreiras do Ministério Público. No novo texto, a comprovação do tempo de atividade jurídica deverá ser documentada e formalizada no ato da posse, e não no momento da inscrição definitiva do candidato no certame. A proposta é de autoria do conselheiro Adilson Gurgel, um dos representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Há que se destacar que este entendimento recente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não constitui uma mudança de posição, afinal, tal Conselho já havia se manifestado anteriormente no mesmo sentido. 17

Insta ressaltar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, já seguindo o posicionamento mais recente do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio do Edital nº 09, de 27 de março de 2012 (em anexo), deu provimento parcial aos recursos interpostos contra ato que indeferiu a inscrição definitiva de alguns candidatos para deferir as respectivas inscrições, pois entendeu que o momento apropriado para comprovação do tempo de atividade jurídica é no ato da posse.

A Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), portanto, além de ser formalmente inconstitucional, ainda viola materialmente a Constituição Federal, na medida em que contradiz o artigo 93, inciso I, e também afronta o princípio e regra constitucional da igualdade (art. 5º, CF).

16 EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE PROCURADOR DA REPÚBLICA. LIMINAR DEFERIDA PARA OS IMPETRANTES PARTICIPAREM DA PROVA ORAL. EXIGÊNCIA DE TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA. ART. 129, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. (...) 2. **O EDITAL DO CONCURSO QUE ESTABELECE A COMPROVAÇÃO DE TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA NO ATO DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA E NÃO NO MOMENTO DA POSSE DESARMONIZA-SE DA JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. A EXIGÊNCIA DO TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA CONTIDA NO ART. 129, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DÁ-SE A PARTIR DA CONCLUSÃO DO CURSO DE DIREITO, NOS TERMOS DO QUE DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.460, RELATOR MINISTRO CARLOS BRITTO. PRECEDENTES. 4. SEGURANÇA CONCEDIDA.** (MS 27608,

A lógica é simples: não há porque restringir a participação de determinado candidato no respectivo certame se não existe nenhuma certeza acerca da sua aprovação, mas sim uma mera expectativa de direito. A propósito, em decisão recentíssima, datada de 18/04/2012, o Min. Luiz Fux indeferiu o pleito formulado na Reclamação 13.546/DF, por entender que não haveria nenhum óbice constitucional à comprovação do tempo de atividade jurídica na data da posse.¹⁸

É necessário, portanto, que seja feita uma interpretação em consonância com a Constituição Federal e do Edital de Abertura do certame, a fim de impedir a restrição desmedida de direitos fundamentais e assegurar a própria finalidade da exigência constitucional.

4.3 POSICIONAMENTO DO STF E STJ A RESPEITO DO TRIÊNIO.

Quando não estiver previsto no edital de abertura a exigência de três anos no ato da inscrição definitiva, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que não poderá ser cobrada ao candidato tal comprovação.

Deverá existir no edital a data provável da realização de tal inscrição, pois caso ocorra antecipação no cronograma não cause prejuízos aos candidatos que se norteavam pela data divulgada anteriormente, pois consideraram a data para atender à exigência constitucional.¹⁹

Por ocasião de seu voto, o Ministro Relator Nilson Naves explicou o que na ementa do acórdão não ficou suficientemente claro, quanto à exigência dos três anos de atividade

16 RELATOR(A): MIN. CÁRMEN LÚCIA, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 15/10/2009, DJE-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-03 PP-00579). (GRIFOS ACRESCIDOS).

15 ACÓRDÃO n.º 5.0042/2010PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE JUIZ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM DECISÃO PROFERIDA EM RECURSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE ABSOLUTA. OFENSA À ISONOMIA. NULIDADE ABSOLUTA. EXCEPCIONAL FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DE TRÊS ANOS DE PRÁTICA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. ORDEM DE SEGURANÇA CONCEDIDA.UNANIMIDADE.** (TJAL, Tribunal Pleno, Rel. Des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo, MS 2008.001939-5, Julgado em 02.02.2010). (grifos acrescentados).

17 EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. **COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE JURÍDICA. CANDIDATA QUE DEMONSTROU A PARTICIPAÇÃO ANUAL MÍNIMA EM CINCO ATOS PRIVATIVOS DE ADVOGADO, NOS TERMOS DO ART. 5º DO REGULAMENTO GERAL DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NO SENTIDO DE QUE O REQUISITO DEVE SER EXIGIDO QUANDO DA INVESTIDURA NO CARGO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONFORME O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE DEFINE O ACESSO A CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESTRIÇÃO DESTOANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA CANDIDATA A OBTER O DEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO DEFINITIVA NO CERTAME.** (TJ/RN, 2ª Câmara Cível, Relator: Desembargador OSVALDO CRUZ, Apelação Cível nº 2011.005392-6, data do julgamento: 23/08/2011) (grifos acrescentados)

jurídica que deverá ser comprovada no momento da inscrição definitiva, apenas quando indicada a data provável para o certame é que o candidato irá verificar se satisfaz ou não o requisito, estando assim impossibilitado de ser prejudicado caso haja alteração na data. Ou seja, resguardado será o direito daquele que já se encontra escrito.

Por isso, a ausência de especificação de data certa no edital para o início da inscrição definitiva, transfere para a data da nomeação a comprovação do tempo de prática forense, suspensão do concurso por ato da Administração, dilatando o prazo para a inscrição definitiva acarreta o fato superveniente do preenchimento das condições objetivas concernente ao tempo da prática de atividade judiciária.

Se o caso for de um Edital de Abertura de concurso público e em nenhum momento indicou a data – ainda que apenas provável – para realização da inscrição definitiva, evidencia a boa-fé do candidato ao se inscrever no certame.

Nessa oportunidade, criou-se a expectativa para o candidato tivesse a possibilidade de que a posterior definição da data de inscrição definitiva ocorresse em período condizente com o seu enquadramento na regra dos três anos, contados a partir da data de conclusão do curso de Direito.

Não restam dúvidas, portanto, que o candidato agiu em consonância com a ideia de probabilidade, inerente aos editais de concursos deste tipo – os quais sempre falam em “previsão” ou prováveis” data da inscrição definitiva – devendo esta previsão, conforme entendimento jurisprudencial predominante no STJ e STF, constar no edital de abertura, justamente para impedir que aqueles que se inscreveram de boa-fé no concurso fossem prejudicados. 20

18 Procedimento de controle administrativo. **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. Medida cautelar deferida.** Participação do candidato na fase oral do concurso. (grifos acrescentados) Procedimento de controle administrativo. Preliminares rejeitada. Concurso público para provimento de cargo de promotor de justiça substituto do estado da bahia. Atividade jurídica. Art. 129, § 3º da constituição federal. **Momento para comprovação da atividade jurídica deverá ser no ato da posse do cargo e não na inscrição definitiva do certame público.** Improcedência. 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 sinônima 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. Processo conhecido e julgado improcedente. (pad nº 0.00.000.000466/2011-76, julgado em 31.05.2011, grifos acrescentados)

19 Reclamação. **Momento de comprovação do tempo de atividade jurídica. Alegação de descumprimento da decisão do STF na adi nº 3.460, por violação ao art. 3º da resolução nº 40/2009 do conselho nacional do ministério público. Dispositivo considerado inconstitucional pelo próprio órgão prolator – cnmp. Triênio**

Importante frisar que, a Constituição pretendeu que o acesso ao serviço público fosse por meritocracia, selecionando os mais bem preparados e não estreitando o livre acesso aos empregos e cargos público. Por isso, a exigência do triênio de atividade jurídica antecipadamente é um critério suspeito e acaba frustrando a competitividade.

O Supremo Tribunal Federal (STF) mudou de posicionamento jurisprudencial na ADI nº 3.460-0/DF, relator Ministro Carlos Ayres Brito, afirmando dever ser comprovado os três anos de prática jurídica na inscrição definitiva do concurso público para as carreiras da Magistratura e do Ministério Público.

No entanto, verificou-se que mesmo afirmando a constitucionalidade da cobrança não foi impedida a adoção de regra diversa, tornando possível que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) alterasse a exigência para o ato da posse.

O entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público fez uso da ADI nº 6.460-0, quando o Ministro Ayres Brito disse que a palavra “ingresso” na carreira foi interpretado por ele como investidura. Entendendo o Conselho que investidura compreende posse, nomeação, exercício, que será efetivada na posse e não em uma mera inscrição definitiva.

A cada decisão publicada mostra-se que o momento de comprovação de atividade jurídica ainda não é pacificado, em relação ao concurso para o cargo de juiz substituto. Atualmente submetido à repercussão geral, RE nº 655.265. Então a ADI nº 3.460 não teve o alcance pretendido?

Afinal, a repercussão geral é quando o Supremo Tribunal Federal (STF) analisa questões que tem relevância política, jurídica, social ou econômica que são capazes de

19. (...) de atividade jurídica exigido pelo art. 129, § 3º, da constituição apenas quando do ingresso na carreira. Antecipação que viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Autotutela administrativa (súmula nº 473 do stf). Autonomia do ministério público (art. 127, § 2º, crfb). Impossibilidade de obrigar o órgão a manter em vigor norma por ele editada. Meritocracia. Livre acesso aos cargos públicos. Princípio da legalidade (art. 37, ii, crfb). Ausência de interesse de agir. Prestação jurisdicional que não traz qualquer utilidade para a reclamante. Carência de ação. Reclamação a que se nega seguimento. (grifos acrescentados)

19 RMS 26.667/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/03/2009

20. A comprovação dos três anos de atividade jurídica, exigida daqueles que pretendem ingressar na carreira da magistratura, deve ser feita no momento da inscrição definitiva, **daí ser recomendável se faça constar nos editais de abertura desses concursos a data provável em que se realizará tal inscrição. Caso ocorra a antecipação do cronograma inicial, dessa alteração nenhum prejuízo poderá resultar para aqueles interessados que se inscreveram considerando que, respeitada a data inicialmente prevista para a inscrição definitiva, teriam como atender à exigência constitucional. (...) 3. No caso, a antecipação da data prevista no edital de abertura para a inscrição definitiva não pode acarretar a exclusão da candidata:** as atividades por ela realizadas – suficientes ao atendimento da exigência constitucional – entre a data em que concluiu as matérias do curso de graduação e aquela em que ocorreu a colação de grau devem ser aproveitadas

ultrapassar os interesses individuais da causa. Além de diminuir os processos enviados à Corte, dando uma interpretação ao caso concreto que irá repercutir em casos semelhantes, uniformizando a interpretação. Esse recurso é capaz de torna mais racional e uniforme, priorizando a segurança jurídica, a celeridade processual e a eficiência. Ou seja, caso já tivesse um entendimento pacificado a temática não estaria sendo julgada em sede de repercussão geral.

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal (STF), AG. REG 630.515 de 04 de setembro de 2012, o Ministro Luiz Fux citou a súmula que ajudou a formar no STJ, dizendo que o diploma ou habilitação deverá ser exigida na posse e não na mera inscrição, completando o que dizia o Ministro Marco Aurélio afirmou ser um precedente e frisou ser a exigência a razão para um bom exercício da função e não para fazer uma inscrição. Disse ainda que o preceito é categórico ao manter o ingresso na carreira, a inscrição não leva ao ingresso na carreira.

Fica claro que o edital deverá conter tal regulamentação, para que se exija a comprovação da atividade jurídica na inscrição definitiva do concurso. É necessário que seja adotada um posicionamento sem precedente, conforme fez o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ao decidir pelo momento da posse para exigir a comprovação. Cessando discussões com candidatos que nem se quer foram aprovados, ou seja, nem ainda ingressaram no Ministério Público. Acabaram por evitar um embate e tornaram-se firme em um posicionamento que não gera discussão, pois caso não prove na posse não atende aos requisitos constitucionais de exigência do triênio.

Enquanto que as controvérsias para os concursos da Magistratura continuam a existir, mesmo após a ADI. Ora candidato consegue fazer prova, ora candidato é impedido. Não estamos tratando de casos específicos, todos merecem o mesmo tratamento e decisão deveria ser a mesma. Mas na prática isso não vem acontecendo, por isso, o entendimento precisa ser pacificado para que as decisões sejam isonômicas.

20. (...)para comprovação dos três anos de experiência jurídica. 4. Recurso ordinário provido. (RMS 26.667/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/03/2009) (grifos acrescentados) (...)O edital do concurso que estabelece a comprovação de três anos de atividade jurídica no ato da inscrição definitiva e não no momento da posse desarmoniza-se da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. 3. A exigência do triênio de atividade jurídica contida no art. 129, § 3º, da Constituição da República dá-se a partir da conclusão do curso de direito, nos termos do que decidido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.460, Relator Ministro Carlos Britto. Precedentes. 4. Segurança concedida. (MS 27608, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2009, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-03 PP-00579). (grifos acrescentados).

5. CONCLUSÃO

Não obstante existam decisões que afirmam ser o momento da inscrição definitiva aquele em que deverá ser comprovado os três anos de atividade jurídica, corrobora desse entendimento o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acreditamos ser o posicionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e do Ministro Gilmar Mendes o mais coerente com intuito da exigência, porém, tudo poderá ser alterado com o julgamento Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal (STF), acolhido em Repercussão Geral.

Interpretando de forma teleológica, a intenção era exigir no momento do ingresso na carreira a comprovação do triênio, pois há alusões a inscrição no concurso público. Pois o significado da palavra ingresso é claro, só ocorre quando há a investidura, que essa consequentemente dependerá de aprovação em concurso público de provas e títulos. Ou seja, investidura é o ato da posse no cargo.

Por isso, não há porque restringir a participação de candidato em fase do certame se não existe nenhuma certeza acerca da sua aprovação na prova oral, mas sim uma mera expectativa de direito.

Desse modo, o critério da razoabilidade deverá nortear a interpretação, a fim de impedir a restrição desmedida de direitos fundamentais e assegurar a própria finalidade da exigência constitucional. Não é compreensível que se obste o seu direito de fazer a prova oral tão-somente em função da aplicação literal de uma regra.

Cada vez mais claro e evidente é que o entendimento adotado na ADI 3460/DF permanece controvertido, já tendo sido, inclusive, reconhecida a sua repercussão geral (RE n. 655.265). Em outras palavras, se a questão relativa à constitucionalidade da exigência da comprovação do tempo de atividade jurídica estivesse solucionada, não haveria sentido no reconhecimento da repercussão geral da matéria.

Na verdade, a liberdade administrativa-normativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ultrapassou a esfera dos limites estritamente necessários para assegurar o exercício do direito subjetivo constitucional e impôs uma restrição tão forte ao direito tutelado que tornou sem significado prático a própria proteção. Em outras palavras, na ânsia de regulamentar o ingresso na magistratura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acabou por esvaziar o direito de muitos candidatos de fazerem parte desta carreira e, como consequência, suprimiu o direito do Estado de possuir em seus quadros pessoas com qualificação técnica e experiência

suficiente para o exercício do cargo. Na verdade, a citada Resolução n. 75, em seu art. 58, § 1º, “b”, violou nitidamente o princípio da legalidade.

É salutar lembrar que o STJ já, inclusive, sumulou a matéria, tendo pacificado o entendimento segundo o qual “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.” (súmula 266).

Ainda que se reconheça a existência de julgados entendendo pela inaplicabilidade da citada súmula aos concursos da magistratura, a verdade é que a própria súmula não faz qualquer restrição neste sentido. Aliás, em sendo admitido tal posicionamento, ofende-se violentamente o princípio da igualdade, uma vez que determinados profissionais estariam autorizados a comprovar a qualificação profissional no momento da posse, enquanto outros deveriam fazê-lo na inscrição definitiva.

A questão, contudo, ainda será apreciada em definitivo pela Corte, portanto, não é inalterável, pois não está escrito na Lei Maior quando deverá ser comprovada tal exigência. Havendo esperança que seja alterado o entendimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, por enquanto, do Supremo Tribunal Federal (STF), e prevaleça o que entendeu o Conselho Nacional do Ministério Público. Isso é o direito, não é uma ciência exata, não existe certeza e nem verdades absolutas, mas entendimentos e interpretações divergentes quem sempre podem ser alterados, buscando sempre que prevaleça o entendimento mais justo.

REFERÊNCIAS

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15 São Paulo , Sp: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3. ed. São Paulo , Sp: Rt, 1998.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo , Sp: Malheiros, 2001.

SANTOS FILHO, José Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo , Sp: Rt, 2010.

BULOS, Uadi Lammêngo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo , Sp: Rt, 2011.

TELLES JUNIOR, Goffredo. O povo e o poder: o conselho do planejamento nacional. São Paulo , Sp: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo , Sp: Malheiros, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (Breve análise comparativa). Rio de Janeiro, Rj: **Revista de Direito Administrativo**, out./dez. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Reforma do Judiciário: Primeiros Reflexos sobre a emenda Constitucional nº. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa A. Alvim et al. (Coord.). Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. A questão do Controle Externo do Poder Judiciário. Natureza e limites da independência judicial no Estado democrático de Direito. São Paulo, Sp: Revista dos Tribunais, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Ingresso na Magistratura e no MP: 3 anos de atividade jurídica garantem profissionais experientes?* São Paulo, SP: Última Instância, 2005.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Reformas: administrativa, previdenciária, do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Reforma do Judiciário: Primeiros Reflexos sobre a emenda Constitucional n°. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa A. Alvim et al. (Coord.) Conselho Nacional de Justiça e Controle Externo: roteiro geral. São Paulo, Sp: Revista dos Tribunais, 2005.

JORGE, Mario Helton. Reforma do Judiciário: Primeiros Reflexos sobre a emenda Constitucional n°. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa A. Alvim et al. (Coord.). O Conselho Nacional de Justiça e o Controle Externo administrativo, financeiro e disciplinar do Poder Judiciário: violação do pacto federativo. São Paulo, Sp: Revista dos Tribunais, 2005.

HARADA, Kyiroshi. Controle externo do Judiciário. Jus Navegandi, Terezina, a. 3, n. 31, mai. 1999. Disponível em: < <http://jus2.oul.com.br/doutrina/texto.asp?id=211> >. Acesso em: 26 ago.2012.

HORTA, Raul Marcado; SAMPAIO, José Adécio Leite Sampaio. 15 anos de constituição In: SAMPAIO, Jose Adécio Leite (Coord). Constituições Federais e o Pacto Federativo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Reforma do Judiciário. In: PIERPAOLO BOTTINI, Sergio Rabello Tamm Renalt (coord). Conselho Nacional de Justiça. São Paulo, Sp: Saraiva, 2005.

VELOSO, Zeno. Reforma do Judiciário Comentada. São Paulo, Sp: Saraiva, 2005.

SOUZA, Nelson Oscar de. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

AGRA, Walber de Moura (Org.) Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73

TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88 – Desestruturando a justiça. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67.

BERMUDES, Sérgio. A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

CAMBI, Accácio. Reforma Constitucional do Judiciário. Exigência prévia de atividade jurídica para ingresso na Magistratura. Considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR, Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos (Orgs.). Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/04. São Paulo: RT, 2005.

MENEZES, Daniel Mourão Guimarães de Moraes. Controle externo do Judiciário. Jus Navegandi, Teresina, nov. 1996. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=210>>.

SPITZCOVSKY, Celso. A inconstitucionalidade do critério de prática de atividade jurídica para Concurso Público. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>.

ANDREATO, Danilo. A ilegitimidade do CNJ para regulamentar a atividade jurídica e outras críticas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7942>>.