**RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ Nº XX/2015**

Proposta para alterar o REGULAMENTO do Concurso para Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro.

**Proponente: Desembargador Bernardo Garcez**

**J U S T I F I C A T I V A S**

**I - Critério de cotas para negros**

**Concurso Público – fundamento constitucional**

1. A resolução em análise trata do regulamento para o ingresso no cargo de juiz de carreira. Contudo, o ingresso na magistratura deve ser analisado conforme as normas constitucionais, especialmente os artigos art. 37, incisos II e VIII, e 93, inciso I. Senão vejamos:

2. O constituinte originário estabeleceu, no artigo 93, *caput*,a competência do Supremo Tribunal Federal para deflagrar o processo legislativo sobre o Estatuto da Magistratura, através de lei complementar.

3. O mencionado estatuto ainda não foi elaborado, havendo apenas a minuta do anteprojeto, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski (*ut* [*http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-magistratura-juizes-loman-stf.pdf*](http://s.conjur.com.br/dl/estatuto-magistratura-juizes-loman-stf.pdf)*,* acessado em 31 de julho de 2015).

4. Não obstante esse vácuo legislativo, o STF manifestou-se no sentido de que a LC 35/79 foi recepcionada pela nova Carta Constitucional (*ut* ADI 1.985, DJ 13.5.2005). Portanto, todas as matérias institucionais previstas no art. 93 devem ser regidas por essa lei complementar, até que seja aprovada a nova LOMAN.

5. Por sua vez, a LC 35/79, ao tratar sobre a forma de ingresso na carreira, prevê em seu artigo 78 o seguinte:

*“Art. 78 - O ingresso na Magistratura de carreira dar-se-á mediante nomeação, após concurso público de provas e títulos, organizado e realizado com a participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.*

*§ 1º - A lei pode exigir dos candidatos, para a inscrição no concurso, título de habilitação em curso oficial de preparação para a Magistratura.*

*§ 2º - Os candidatos serão submetidos a investigação relativa aos aspectos moral e social, e a exame de sanidade física e mental, conforme dispuser a lei.*

*§ 3º - Serão indicados para nomeação, pela ordem de classificação, candidatos em número correspondente às vagas, mais dois, para cada vaga, sempre que possível.”*

6. Pela leitura desse dispositivo, verifica-se que **não há previsão de reserva de vagas** específicas no concurso público para o juiz de carreira. Por essa razão, a única reserva de vagas até então permitida é a prevista no art. 37, inciso VIII, da CF, que dispõe sobre as pessoas portadoras de deficiência.

**Cenário legislativo sobre as cotas para negros**

7. Por outro lado, as cotas para negros e carentes foi objeto da **Lei Fluminense nº 4.151/2003**, revogada pela **Lei 5.3046/2008,** ambas disciplinando “*o sistema de cotas para ingresso nas universidades publicas estaduais*” (grifei).

8. Posteriormente, o Congresso Nacional aprovou o Estatuto da Igualdade Racial (**Lei Federal nº 12.288/2010**). A partir daí foram editadas diversas normas que visavam concretizar a “*correção das desigualdades raciais* ***e*** *... promoção da igualdade de oportunidades*” (*in* art. 1º, parágrafo único, inciso IV do Estatuto).

9. Entretanto, tendo em vista as divergências sobre as cotas para **ingresso nas universidades,** com fundamento na efetividade do princípio da igualdade, o partido político dos Democratas (DEM) ajuizou a **ADPF nº 186-DF,** na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

*“as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidada, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e preveem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio humana...”*

10. Essa decisão, a princípio, resolveu a questão. Porém, o tema volta ao debate, na medida em que essa ação afirmativa foi estendida ao ingresso no serviço público.

11. No âmbito dos **concursos públicos**, foi editada a **Lei Federal nº 12.990/2014**, para “*reserva[r] aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União*” (adaptei).

12. A mencionada norma, portanto, trata da reserva de vagas apenas na esfera da Administração Pública Direta e Indireta federal. Ou seja, “*não abrangendo os concursos públicos estaduais, distritais e municipais, cuja reserva de vagas dependerá da expressa previsão na legislação específica de cada unidade federativa*” (**OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende**. Curso de Direito Administrativo – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 671, grifei).

13. O Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, editou a **Lei nº 6.067/2011**, reservando 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos “*para provimento de cargos efetivos e empregos públicos integrantes dos quadros permanentes de pessoal do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro e das entidades de sua administração indireta.*” (grifei).

14. Tal norma, mais recentemente, foi alterada pela **Lei Estadual nº 6.740/2014** para estender a reserva de vagas aos concursos públicos “*do Poder Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado do Rio de janeiro”* (art. 1º, *caput*).

15. Além dessas leis, o Conselho Nacional de Justiça editou a **Resolução nº 203/2015,** que “*Dispõe sobre a reserva aos negros, no âmbito**do Poder Judiciário, de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e de* ***ingresso na magistratura****.*” (grifei).

16. Não obstante a existência de normas que tratam sobre essa ação afirmativa no âmbito do concurso público, nenhuma delas pode ser aplicada ao ingresso na magistratura. Vejamos:

**Da inconstitucionalidade das normas que tratam sobre a reserva de vagas no âmbito da magistratura / ausência de amparo legal**

17. O ingresso na carreira judicial tem natureza institucional, ou seja, deve ser tratado uniformemente em toda a magistratura. Como consequência, essa matéria está inserida no rol da competência privativa do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 93, *caput* e inciso I, da CF.

18. Assim, não é possível a nenhum outro órgão legislar sobre matérias de natureza institucional, por força do **sistema complexo de repartição de competências**.

19. Para demonstrar essa premissa, citam-se as lições do Ministro do Supremo Tribunal Federal **Gilmar Ferreira Mendes** (*in* Curso de Direito Constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1000-1001), quando analisou a competência privativa do STF, *verbi*:

*“O Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de normas constantes de Regimentos Internos de tribunais de justiça e de tribunal regional federal, quando elas,* ***extrapolando*** *o que dispõe a LOMAN no sentido de ampliar o leque de possíveis concorrentes,* ***criaram regras diferenciadas*** *para a eleição dos cargos de direção dos respectivos tribunais.*

*A corte entendeu que os critérios para escolha dos ocupantes dos cargos diretivos dos tribunais brasileiros devem ser estabelecidos no Estatuto da Magistratura, em razão de se tratar de* ***matéria eminentemente institucional****, e tendo em vista o caráter nacional da magistratura. Desse modo, uma nova regulamentação da matéria* ***dependeria da edição de lei complementar federal, conforme disposto no artigo 93 da Constituição****.”* (grifei)

20. Note-se que, a escolha dos ocupantes dos cargos diretivos está prevista no art. 96 (inciso I, alínea a), cuja autonomia administrativa é afeta aos tribunais. Porém, a **competência legislativa dessa matéria é privativa do STF**, por força do art. 93 constitucional. Por isso, todos os regimentos internos de tribunais que **inovaram** em relação à LOMAN foram julgados inconstitucionais, por manifesto vício de iniciativa.

21. Assim como a eleição de órgãos diretivos, o provimento na carreira da magistratura também está previsto no art. 96, (inciso I, alínea c), da CF.

22. Dessa forma, se somente a lei orgânica pode dispor sobre normas definidoras do universo de magistrados elegíveis para os órgãos diretivos dos tribunais (*ut* ADI n. 3.566), cabe também à LOMAN a reserva legislativa para inovar sobre as regras de ingresso na carreira da magistratura.

 23. Isso porque a “*organização do Judiciário deve ser* ***disciplinada*** *no Estatuto da Magistratura, estabelecido em lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, observados os princípios previstos na Constituição (CF, art. 93) ...*” (*idem,* grifei).

24. Como consequência, a Resolução nº 203/2015 do CNJ não poderia **inovar** as regras de ingresso na carreira de juiz, criando reserva de vagas não prevista na LOMAN.

25. Nesse ponto, destaco que não desconheço a posição do STF, sobre a natureza dos atos normativos do CNJ, adotada no julgamento da **ADC nº 12** (DJe 18.12.2009), no sentido de reconhecer o poder normativo desse Conselho para criar novas normas, **desde que** observe os parâmetros erigidos constitucionalmente.

26. O STF manteve a mesma interpretação no julgamento do **MS 32077** (DJe 03.06.2013), ao entender que a Resolução nº 175 do CNJ (regulamenta o casamento civil de pessoas do mesmo sexo) é constitucional, uma vez que “*retira seu fundamento de validade diretamente da lei fundamental, e não de outro ato normativo que a tenha precedido*” (grifei).

27. A mesma linha foi seguida no julgamento da medida cautelar em **ADI 4638** (DJe 30.10.2014), cujo objeto é a Resolução nº 135 do CNJ (uniformiza as normas do procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados). Nessa decisão, o Plenário do STF concluiu que:

“*o CNJ possui poder normativo voltado a uniformizar regras que alcancem todo o Judiciário visto tratar-se de Poder de caráter nacional. Além disso, frisou que o poder normativo do CNJ possui como fonte primária a própria Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela EC n. 45/2004, o qual deve ser levado a efeito,* ***observando-se às normas constitucionais e as disposições contidas na LOMAN***.” (Gilmar Mendes, *ibidem*, p. 1.075, grifei)

28. As conclusões da Corte Suprema ratificam a posição aqui adotada: a Resolução nº 203/2015 do CNJ não poderia inovar o ordenamento jurídico, sem que haja norma constitucional reservando vagas para negros no concurso público da magistratura.

29. Logo, diante da ausência da norma constitucional, o CNJ somente poderia dispor sobre essa regra caso houvesse previsão da reserva de vagas na LOMAN. O que não há.

30. A falta dessas fontes impede a atuação do Conselho nessa matéria. Afinal, a Constituição Federal atribuiu ao CNJ apenas a competência normativa, e não legislativa.

31. Ressalto que, a reserva de vagas para negros de forma alguma se confunde com a reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência. Isso porque esta última tem previsão expressa na Constituição Federal (art. 37, inciso VIII, da CF).

32. Por isso, a Resolução CNJ nº 75, ao prever a reserva de vaga para deficientes físicos (artigos 73 a 80), não inovou no ordenamento jurídico, na medida em que retirou seu fundamento de validade diretamente do texto originário da CF/88.

33. O mesmo não ocorre com a reserva de vagas em concursos públicos para negros. Afinal, além de não haver previsão constitucional para tanto, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal nº 12.288) é expresso ao prever a necessidade de lei específica para tratar do tema (*ut* art. 39, §2º).

34. Lei específica, no âmbito da magistratura, se refere à LOMAN, cuja proposta de inovação é de competência privativa do STF, tal como exaustivamente esclarecido.

35. Destaco que outra iniciativa deste Tribunal de Justiça, geradora da Lei Fluminense de Fatos Funcionais da Magistratura (5.535/2009), é objeto da **ADI nº 4393** ajuizada pelo Procurador Geral da República, sob o argumento de vício de iniciativa, por tratar de diversos temas afetos à competência privativa do STF.

36. Embora o julgamento ainda não tenha sido concluído, o voto do relator Ministro Ayres Britto, publicado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 666, de 14 a 18 de maio de 2012, estabelece premissas sobre a iniciativa reservada ao Supremo Tribunal Federal, cujos trechos são transcritos no que importam aqui, *verbi*:

*“O Plenário iniciou julgamento de* ***ação direta de inconstitucionalidade*** *ajuizada, pelo Procurador-Geral da República,* ***contra a Lei 5.535/2009****, do Estado do Rio de Janeiro. O diploma adversado versa sobre fatos funcionais da magistratura estadual, tais como regras relativas a* ***provimento****, investidura, direitos e deveres. (...) com a entrada em vigor da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman (LC 35/79), todas as resoluções de tribunais de justiça, na parte em que disporiam dos assuntos veiculados por ela, teriam sido revogadas. (...)* ***o vício formal descrito na inicial deveria ser aferido mediante cotejo entre o art. 93 da CF e os preceitos da lei estadual*** *(...) o relator julgou* ***parcialmente procedente*** *o pedido, para* ***declarar a inconstitucionalidade******dos artigos*** *2º; 4º;* ***7º a 10****; 14 a 17; 18 a 27; 29; 31 a 33; 35, I, III, V, a a d, f e g, VI a VIII, e §§ 2º, 3º, 5º e 6º; e 36 a 49* ***da lei*** *(...). Pontuou o art. 125 da CF, a dispor que “os Estados organizarão sua justiça” e afirmou que essa organização se faria em ato administrativo de tribunal de justiça e em lei estadual. (...)* ***essa capacidade de auto-organização, entretanto, estaria limitada pelos princípios constitucionais.*** *(...)* ***no que diz respeito a determinadas matérias, primar-se-ia pelo estabelecimento de normatização federativamente uniforme, visto que a Constituição ora disciplinaria diretamente os temas, ora delegaria à Loman a respectiva regulação*** *(...) Dessumiu que seria vedado, aos estados-membros, legislar sobre requisitos de ingresso, remoção ou promoção na carreira da magistratura, assim como sobre vantagens, garantias, direitos, deveres e vedações dos juízes, entre outros assuntos. (...)* ***enquanto não sobreviesse o Estatuto da Magistratura, a jurisprudência da Corte orientar-se-ia pela aplicação da Loman****, que teria sido recebida naquilo que não conflitasse com a Constituição. Asseverou que,* ***na ocorrência de omissão daquele diploma em vigor, cuidar-se-ia de reserva de lei complementar federal, formal e materialmente, e insuscetível de afastamento pela vontade normativa de estado-membro. Rememorou, ademais, que a iniciativa desta lei seria exclusiva do STF.****”* (grifei)

37. Tal como visto, nessa ADI, o Ministro relator considerou inconstitucional os artigos 7º a 10 da Lei de Fatos Funcionais que versam sobre requisitos para ingresso na magistratura fluminense, por violação o art. 93, inciso I, da CF.

38. Assim, não há dúvidas quanto à competência privativa do STF para iniciar projeto de lei complementar sobre a matéria.

39. Por sua vez, a Lei Fluminense nº 6740 também é de duvidosa constitucionalidade. Embora não seja expressa quanto ao ingresso na magistratura, ela estende a reserva de vagas para negros ao concurso público para o quadro permanente de pessoal do Poder Judiciário.

40. Logo, ela fere o **princípio da Separação dos Poderes** (art. 2º e art. 60, §4º, inciso III, da CF/88), pois o Projeto nº 2601/2013, que deu origem à mencionada lei, foi iniciado pelos parlamentares Luiz Paulo, Rosangela Gome e Xandrinho.

41. Assim, há vício de iniciativa por força do art. 96, inciso II, b, da CF, que prevê a competência privativa dos tribunais para iniciar projeto de lei sobre a criação e extinção de cargos a eles vinculados. Nesse sentido, decidiu o STF ao julgar o [**RMS 22.875**](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=22875&CLASSE=RMS&cod_classe=427&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M) (DJ de 11.9.1998), *verbi*:

*"Função pública exercida por servidores do STJ, em virtude do disposto no art. 61, § 1º, a, c/c o art. 96, II, b, da Carta Magna, deve ser instituída por lei de iniciativa do próprio Tribunal, sendo considerada inexistente aquela criada por ato administrativo. Em consequência, se as funções correlatas foram criadas por resolução do Tribunal, os servidores não fazem jus à Gratificação de Gabinete."*

42. No mesmo sentido, é a ADI 1.776 (DJe de 8.10.2014), julgada pelo STF.

43. Diante de tudo isso, **PROPONHO**:

**(i)** a alteração do Regulamento do Concurso para Ingresso na Magistratura de Carreira do Estado do Rio de Janeiro, **para excluir o artigo 4º e seus parágrafos**, diante da inexistência de amparo legal.

**(ii)** a abstenção deste Órgão Especial de cumprir a Resolução nº 203 do CNJ e a Lei Fluminense nº 6067, com as alterações da Lei nº 6740, por vício de inconstitucionalidade.

44. Por fim, sugiro que a ata desta sessão seja enviada à Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, bem como à Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, para que adotem as medidas que entenderem cabíveis, conforme as legitimidades definidas nos artigos 103, IX, da Constituição da República e 162 da Constituição deste Estado.

45. Subsidiariamente, caso as propostas acima não sejam acolhidas, **PROPONHO** a alteração do dispositivo para que passe a constar do regulamento, a seguinte redação:

*Art. 4º. Será reservado aos negros o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas,* ***desde que carentes****:*

*§ 1º. Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem “****pretos ou pardos****” no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.* (a expressão destacada foi extraída do art. 1º, parágrafo único e inciso IV da Lei Federal nº 12.288 – Estatuto da Igualdade Racial - e reproduzida na proposta do regulamento apresentada pela Presidência)*.*

*§ 2º. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.*

*§3º Por carente entende-se como sendo aquele oriundo de famílias com renda total igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio).* (em analogia ao previsto na Lei Federal 12.711/2012, que dispõe sobre ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio)

*§4º Os redutores referentes à cláusula de barreira estabelecida para a primeira etapa do concurso não se aplicam aos candidatos que concorram às vagas destinadas aos negros carentes e aos portadores de deficiência, os quais serão convocados para a segunda etapa do certame, em lista específica, desde que tenham obtido a nota mínima exigida para todos os outros candidatos, sem prejuízo dos demais 200 (duzentos) ou 300 (trezentos) primeiros classificados, conforme o caso.*

46. A alteração proposta tem a finalidade de concretizar a correção da discrepância apontada no Estatuto da Igualdade Racial (Lei Federal 12.288). Isso porque o critério de carência atrelado ao critério racial melhor atendem a *ratio decidendi* adotada pelo STF ao julgar procedente o pedido da **ADPF nº 186-DF**. Vejamos:

47. Os argumentos trazidos na inicial da mencionada ADPF, ajuizada pelo partido Democratas – DEM, demonstram a diferença histórica e social entre o racismo de países como os Estados Unidos, África do Sul e Ruanda, e aquele existente no Brasil.

48. Naqueles países, verifica-se o Racismo Institucionalizado. Por outro lado, no Brasil, as dificuldades de acesso à educação e às posições sociais elevadas decorre, sobretudo, da precária situação econômica, que influencia diretamente a qualificação profissional, independentemente da cor da pele.

49. Não se desconhece que grande parte da população negra é historicamente pobre, em razão da ineficiência da Monarquia, quando da abolição da escravatura, ao não criar medidas para integrar os recém-libertos à sociedade daquela época.

50. Esse fato foi determinante para que os ex-escravos se juntassem à população pobre e formassem os deserdados da República (*ut* Historiador Luiz Edmundo, em seu livro “O Rio de Janeiro do meu tempo”).

51. Daí, a necessidade de que o critério da raça seja acompanhado pelo critério econômico. Só assim, a “ação afirmativa” será adequada aos historicamente prejudicados.

52. Não se discute a necessidade das
“ações afirmativas”, como medida para a inclusão das minorias. Apenas se propõe uma medida adequada, conveniente e ponderada à realidade do Brasil, a fim de evitar a criação de um Estado Racializado.

53. Esse raciocínio subsidiário não visa a rever aquilo que está estabelecido pelo próprio STF, ou seja, o critério racial para implemento de ações afirmativas.

54. Ao contrário. Pretende alinhar a reserva de vagas de negros para ingresso em cargos ou empregos públicos às regras estabelecidas para ingresso em universidade públicas.

55. Afinal, naquela hipótese também se viu a necessidade de estabelecer critérios de carência econômica como fator limitador para a utilização da cota de reserva de vaga (*ut* artigos 1º, parágrafo único, e 4º, parágrafo único da Lei Federal nº 12.711/2012 e art. 1º, §1º da Lei Estadual 5.346/2008).

56. Isso porque, repita-se, a utilização do critério racial isoladamente não atende ao que se pretende proteger. As mencionadas leis visam à tutela não só do negro, mas daquele que foi alijado de uma educação eficiente pela falta de condições econômicas.

57. Daí a proposta subsidiária para que a nova redação do Regulamento acompanhe a mesma *ratio* das legislações Federal e Estadual, que tratam sobre o tema quanto ao ingresso nas universidades públicas.

**II - Inclusão do exame toxicológico na 3ª etapa do concurso – art. 14, inciso III (alteração) e art. 17 (inclusão)**

58. O art. 78, §2º da **LOMAN** prevê que os candidatos, para ingresso na carreira da magistratura, serão submetidos à investigação relativa aos aspectos moral e social, bem como ao exame de sanidade física e mental.

59. Por sua vez, o art. 5º, inciso III, da **Resolução nº 75** do CNJ também prevê:

*“Art. 5º O concurso desenvolver-se-á sucessivamente de acordo com as seguintes etapas: (...)*

*III - terceira etapa - de caráter eliminatório, com as seguintes fases:*

*a) sindicância da vida pregressa e investigação social;*

*b) exame de sanidade física e mental;*

*c) exame psicotécnico;”*

60. Tais etapas agregadas à prova de conhecimento formam os instrumentos necessários a selecionar os candidatos mais aptos para a magistratura de carreira.

61. A exigência do concurso público fundamenta-se nos princípios constitucionais do art. 37 da CF, notadamente os da impessoalidade, moralidade e eficiência. Ou seja, a Carta Constitucional confere igualdade de tratamento, por meio de escolha objetiva, daqueles que apresentarem as qualidades necessárias para o cargo, privilegiando o mérito pessoal.

62. Dada à relevância do cargo de magistrado, não há dúvidas de que ele deva ser recrutado mediante um **esquema rígido** de seleção dos mais capazes, seja na esfera intelectual ou moral.

63. Afinal, o juiz deverá cumprir os deveres expressos no art. 35 da LOMAN, dentre os quais a conduta irrepreensível na vida pública e particular.

64. No mesmo sentido, o artigo 16 do Código de Ética da Magistratura ao estatuir que cabe ao magistrado “*comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, cônscio de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral*”.

65. Tal exigência “*contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura.*” (art. 15 do mesmo Código de Ética).

66. Desse modo, a seleção dos candidatos deve ser realizada de forma a observar a essência desses deveres.

67. Como consequência, é mais que justificada a exigência do exame toxicológico para aferir a conduta que o cargo exige, diante de sua relevância social.

68. O exame toxicológico foi objeto de diversas decisões dos Tribunais Superiores, no sentido de que ele deve constar de lei e do edital.

69. Com efeito, a exigência legal está amparada na LOMAN e na Resolução nº 75 do CNJ mencionadas nos itens 53 e 54 desta justificativa.

70. Por outro lado, a exigência do exame não fere o direito à intimidade. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 33340/DF (DJe 03.08.2015), decidiu que o sigilo de informações necessárias à preservação da intimidade é relativo, quando se está diante do interesse da sociedade.

71. “*A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken)*.” (publicado no Informativo da Jurisprudência do STF nº 787 de 25 a 29 de maio de 2015, grifei)

72. Isso porque, partindo-se da premissa de que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, é possível a limitação desses direitos, respeitando-se o seu núcleo intangível. Ou seja, é possível que o agente público ou aquele que tenha a pretensão de vir a sê-lo tenha seu direito à intimidade restringido em razão de sua ponderação com o interesse público.

73. *In casu*, a esfera íntima do candidato será preservada, na medida em que o teste será realizado por instituição especializada a esse fim e o resultado enviado apenas à Comissão do Concurso, para que verifique o atendimento aos requisitos do edital. Dessa forma, será garantido o caráter confidencial do exame.

74. Não desconheço a decisão do CNJ proferida no Procedimento de Controle Administrativo nº 200910000029899, em que foi declarada a ilegalidade da Resolução nº 15/2009 do Tribunal de Justiça do Maranhão, *verbi*:

*PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.*

*CONVERSÃO DE CONSULTA SOBRE A VALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 13/2008 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. EXAME TOXICOLÓGICO. REQUISITO PARA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DESCONSTITUIÇÃO DO ATO.*

*1. Procedimento de Controle Administrativo resultante da conversão da consulta formulada pelo Sindicato dos Servidores da Justiça do Estado do Maranhão, acerca da validade da Resolução n. 15/2009 do TJ/MA, que instituiu exigência de exame toxicológico como requisito para a investidura em cargo público efetivo.*

*2. A exigência contida na Resolução n. 15/2009 é inadequada para os fins declarados, por estabelecer consequência desproporcional de impedimento à nomeação do candidato que tenha apresentado resultado positivo de exame toxicológico, sem complementação de outros exames indicativos da condição de usuário ou de dependente de drogas;*

*3. A fixação da exigência por meio de Resolução do TJ/MA, como requisito para investidura em cargo público, sem interferência do legislador, importa violação ao princípio da legalidade (CF artigo 37, I e II).*”

75. Ocorre que a Resolução objeto daquele julgamento previa “*genericamente a exigência do exame toxicológico com resultado negativo como condição para a nomeação*” (*sic*). Como consequência, isso causaria um “*impedimento absoluto à nomeação de candidato que apresente resultado positivo no exame (...). Nessa hipótese, o impedimento à posse significaria aplicação de verdadeira sanção de efeitos perpétuos contra o candidato, sem comprovação segura da sua condição de usuário ou de dependente de drogas”* (*sic*).

76. Isso não ocorrerá aqui, uma vez que o exame proposto para o concurso da magistratura observará o período de 180 dias de detecção; bem como possibilitará a reavaliação solicitada pelo candidato e o “reteste” determinado pelo Poder Público, a fim de confirmar ou não o laudo elaborado, além da demonstração de que o uso da substância psicoativa detectada no exame decorre de prescrição médica.

77. Os critérios propostos para a realização do exame toxicológico foram extraídos do edital para ingressar como praça da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, cuja legalidade foi declarada em diversas decisões deste Tribunal de Justiça e cuja redação será usada, aqui, analogicamente.

78. Diante de tudo isso, **PROPONHO** a alteração do Regulamento para que dele passe a constar:

*Art. 14. O concurso desenvolver-se-á sucessivamente de acordo com as seguintes etapas:*

*I – prova objetiva seletiva, de caráter eliminatório e classificatório;*

*II – prova discursiva e prática de sentença, de caráter eliminatório e classificatório;*

***III – sindicância da vida pregressa e investigação social, exame de sanidade física e mental, incluindo o exame toxicológico de larga janela de detecção (180 dias) a partir da amostra de queratina no cabelo/pelo, e exame psicotécnico, de caráter eliminatório****;*

*IV – prova oral, de caráter eliminatório e classificatório;*

*V – avaliação de títulos, de caráter classificatório.*

(...)

*Art. 17. O teste toxicológico observará as seguintes regras:*

*I – Somente os candidatos considerados APTOS na sindicância da vida pregressa e investigação social e nos exames de sanidade física e mental, serão convocados para o exame toxicológico, em local e data a ser divulgado futuramente, por meio específico de convocação para esta etapa do concurso, publicado no Diário da Justiça Eletrônico do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, ficando os demais candidatos não convocados, reprovados e eliminados do concurso para todos os efeitos.*

*II – O teste toxicológico de larga janela visa à detecção de substâncias entorpecentes ilícitas ou lícitas controladas, causadoras de dependência química ou psíquica de qualquer natureza, tais como: maconha e metabólicos derivados do Delta 09 THC, cocaína, metabólicos e derivados do Merla, solventes, hidrocarbonetos, opiáceos, psicofármacos, “ecstasy” – MDMA e MDA, anfetamina, metanfetamina e PCP. O exame será realizado a partir de amostras de materiais biológicos – cabelo/pelos - doados pelo candidato, sob supervisão da Comissão de Concurso, conforme procedimentos padronizados de coleta. Após a coleta, haverá o encaminhamento do material para a análise, o recebimento dos resultados pela Comissão de Concurso e, quando requisitado por qualquer parte, o estabelecimento de contraprova, definidos pelo laboratório.*

*III – O teste toxicológico será realizado por empresa(s) especializada(s) neste tipo específico de exame, cuja coleta do material biológico descrito no inciso II será procedida pelo(s) laboratório(s) relacionado(s), nas dependências deste Tribunal de Justiça, sob a supervisão da Comissão do Concurso ou a quem esta indicar.*

*IV – Na data da realização da coleta de material biológico, o candidato deverá assinar o termo de ciência e a declaração de realização do teste toxicológico pelo laboratório selecionado.*

*V – Ao assinar o termo, o candidato autorizará o laboratório a fornecer cópia do laudo (positivo ou negativo) para a Comissão do Concurso.*

*VI – Os laboratórios especializados na realização de testes toxicológicos assinarão Termo de Compromisso para fornecer cópia do laudo (positivo ou negativo) para a Comissão do Concurso.*

*VII – Os testes toxicológicos são de caráter confidencial e as respectivas cópias dos laudos (positivos ou negativos) permanecerão acauteladas sob a responsabilidade da Comissão do Concurso.*

*VIII – O candidato que não realizar o teste na data prevista para seu exame, mesmo que por falta de material suficiente ou necessário para a coleta, estará automaticamente reprovado no certame.*

*IX – O candidato deverá indicar no termo de ciência o laboratório que realizará o teste toxicológico, bem como apresentar, quando do dia da coleta, cabelos com mais de 4 cm e/ou pelos corpóreos (axilas, braços, pernas, peito ou pubianos) sem depilar nos últimos 3 meses.*

*X – O candidato submetido ao teste toxicológico cujo resultado for positivo poderá solicitar a reavaliação, a fim de confirmar ou não o laudo elaborado. Fica estabelecido que, no dia do exame, duas amostras serão coletadas e lacradas sob estritos procedimentos de identificação e custódia, sob testemunho de duas pessoas, sendo uma das amoras destinada à análise e à outra para eventual “reteste”, quando determinado pelo Poder Público.*

*XI – A(s) empresa(s) ainda deverá(ão) custodiar o envelope lacrado de “reteste” por 5 anos, no caso de positivos, e 1 ano, no caso de negativos, bem como todas as informações das análises e cadeia de custódia, positivas ou negativas, por 5 anos. Esse material deverá ser apresentado prontamente quando requisitado pelo Poder Público.*

*XII – O pagamento do teste toxicológico de larga janela de detecção será feito diretamente pelo candidato no(s) laboratório(s) especializado(s) e relacionado(s) pela Comissão do Concurso, tal como permitido no art. 60, caput, da Resolução nº 75 do CNJ.*

*XIII – Em caso de resultado positivo para uma ou mais substâncias entorpecentes ilícitas, o candidato será considerado reprovado nesta fase, salvo se provada a necessidade do uso da substância por meio de prescrição médica.*

*XIV – O candidato que se recusar a oferecer o material requisitado ou não comparecer para realizar o exame, na data, local e horário estabelecidos, será eliminado do concurso.*

*XV – O resultado do exame toxicológico é sigiloso, restrito à Comissão do Concurso, e obedecerá ao que prescreve a norma referente à salvaguarda de documentos classificados, sob pena de responsabilidade, de acordo com a legislação vigente.*

# Desembargador BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO