

NOTA TÉCNICA Nº 2/2023 CONSEPRE, DE 15 DE SETEMBRO DE 2023

REF. ATO 0005605-48.2023.2.00.0000

O CONSELHO DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO BRASIL - CONSEPRE, integrado pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal, nos termos da competência prevista no artigo 9º, inciso III, do seu Estatuto, apresenta a presente Nota Técnica quanto ao ATO 0005605-48.2023.2.00.0000.

A Resolução CNJ n. 106/2010 dispõe sobre os critérios para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Tramita no Conselho Nacional de Justiça – CNJ o ATO 0005605-48.2023.2.00.0000, proposta de alteração da resolução, de relatoria da Conselheira Salise Monteiro Sanchotene, Supervisora do Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário do CNJ.

Ao que se tem notícia, a alteração consiste em nova forma de modelo de acesso às vagas oriundas da magistratura nos tribunais de 2º grau. Dessa maneira, haveria alternância entre os gêneros para as vagas destinadas à magistratura de carreira, conforme a seguinte redação:

“Art. 1º. O art 1º da Resolução CNJ n. 106/2010 passa a vigorar acrescido do art. 1º-A:

Art. 1º-A. Nas promoções por antiguidade e por merecimento, serão abertos editais alternados para a formação de listas mistas



e exclusivas de mulheres, observadas as políticas de cotas instituídas por este Conselho, até o atingimento de paridade de gênero no respectivo tribunal.

§1º As listas de antiguidade, inclusive para fins de aferição da quinta parte, devem ser separadas por gênero.

§2º Para fins de preenchimento das vagas relativas à promoção por merecimento, aplica-se o quinto sucessivo nas listas alternadas, com a observância da política de cotas deste Conselho.

§3º Para fins de aplicação do artigo 93, II a, da Constituição Federal, a consecutividade de indicação nas listas tríplices deve considerar a categoria a que elas se referem no certame, salvo a hipótese de magistrada que figurar em lista mista.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor em 30 dias da data de sua publicação, aplicando-se aos editais abertos após o período de vacância”.

Da leitura do suposto novo texto da resolução, extrai-se nova regra de promoção dos critérios de antiguidade e merecimento, com a determinação de elaboração de listas diferenciadas por gênero.

É amplamente noticiada, registrada e estudada a disparidade de tratamento entre gêneros na estrutura social e, conseqüentemente, na composição do Poder Judiciário. Porém, a correção desse problema social deve observar o princípio da legalidade (art. 37, CF).

É certo o poder normativo do CNJ (art. 103-B, § 4º, inciso I, CF). Todavia, tal poderio encontra limite na própria Constituição, quando prevê apenas a expedição de atos regulamentares no exercício de sua competência, ou seja, para o “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (art. 103-B, § 4º, CF).

NECESSIDADE DE LEI FORMAL

Celso Antônio Bandeira de Mello explica “regulamento” através da “estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras, necessárias à



execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”¹. A rigor, regulamento não tem o condão de inovar o arcabouço normativo objetivo, sendo necessário para tal a lei formal.

O regulamento, conforme o jurista português Marcello Caetano, se diferencia da lei por um critério formal, uma vez que, ao invés de emanar do Poder Legislativo, emana de qualquer órgão executivo, estando adstrito à legalidade². Nesse sentido, ele deve servir para esclarecer os detalhes para tornar a lei operativa, sem, contudo, inovar no ordenamento jurídico, em respeito ao direito fundamental que garante a faculdade de somente se fazer ou deixar de fazer algo se assim a lei expressamente o determinar (art. 5º, inciso II, CF).

A doutrina também admite a existência de regulamentos autônomos, atos administrativos com caráter normativo primário, como esclarece a doutrina de Regina Linden Ruaro e Alexandre Schubert ao conceituar “regulamento”:

[...] ato administrativo com caráter normativo secundário, emanado por autoridade administrativa legalmente legitimada para tanto, cuja função precípua é a de garantir a execução de lei ou bem explicitar seu conteúdo e alcance, a fim de garantir sua parcela de atuação na harmonização entre os poderes, não podendo inovar no ordenamento jurídico e, quanto menos, se opor à lei, ressalvada a modalidade do regulamento autônomo, o qual somente poderá existir se houver, no caso brasileiro, expressa determinação constitucional.

Portanto, os regulamentos autônomos podem disciplinar situações não abordadas em lei anterior, mas essas situações devem estar dispostas diretamente na Constituição.

O modelo que se tem notícia que será proposto, tem conteúdo normativo bastante inovador e sem disposição constitucional expressa, o que demandaria lei formal.

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 315.

2 RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. O poder regulamentar (autônomo) e o Conselho Nacional de Justiça – algumas anotações sobre o poder regulamentar autônomo no Brasil. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 96, v. 858, p. 111, abr. 2007.
Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil
www.consepre.com.br



COMPETÊNCIA DO CNJ

O caso trata de promoção de juízes aos tribunais. É ‘evidente que tal matéria demanda lei formal e, por isso, está fora do âmbito normativo do CNJ. Em outras palavras: apesar da importância da matéria, o CNJ não tem competência para inovar, dessa monta, o modelo de critério de promoção de juízes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende haver uma duplicidade na competência regulamentar do CNJ, abarcando os atos primários, mas também os secundários, dirigidos especificamente para a complementação das leis (como acontece com a Resolução CNJ n. 236/2016, sobre os procedimentos relativos à alienação judicial por meio eletrônico).

A Constituição Federal faz previsão direta sobre as normas a serem seguidas para a “promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento”, além de dispor que “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”, reservando a regulamentação à Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

Em análise da LOMAN (LC n. 35/1979), os critérios regulamentares encontram-se dispostos no Título V, Capítulo II. Chama-se a atenção para a reserva de lei no regulamento do processo de promoção, expressa no art. 80, *caput*:

Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antiguidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível.

Ademais, o §1º, inciso II, do mesmo art. 80, determina, quanto à composição da lista tríplice, que o merecimento deve ser aferido “com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça (...)”.



Quer dizer, poderá haver regulamentação sobre os critérios objetivos para se verificar o merecimento, não há ampla liberdade para que sejam incluídas outras normas, como é o caso da implementação de listas separadas para pessoas do sexo feminino e do sexo masculino.

Sendo assim, o CNJ, como órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e dos deveres funcionais dos juízes pode, sobre esse assunto, apenas prever critérios objetivos para a aferição do merecimento da promoção dos magistrados. É nesse contexto que surge a Resolução CNJ n. 106/2010, que não abre espaço para inclusão de normas não previstas na Constituição e nem na LOMAN quando tratam do assunto.

Não há, portanto, ampla liberdade que justifique a criação do modelo pretendido. Como visto, os princípios norteadores de promoção por antiguidade e merecimento estão dispostos diretamente na Constituição Federal, no art. 93, incisos II e III. Nenhuma dessas normas prevê critérios de gênero para a composição dos Tribunais de Justiça ou até mesmo a elaboração de listas para promoção de magistrados.

ANTIGUIDADE: CRITÉRIO OBJETIVO

Quando o critério da promoção é antiguidade, não há espaço para hermenêutica extensiva a gênero. O critério constitucional é objetivamente dado ao mais antigo, independentemente de seu gênero. A resolução proposta cria uma verdadeira inconstitucionalidade do dispositivo constitucional sem redução de texto, o que é absolutamente heterodoxo em nosso sistema jurídico.

ASPECTOS FEDERATIVOS

A proposta de resolução não leva em consideração os aspectos da federação brasileira. Com isso, parte de pressuposto simples e uniforme para ser aplicado em realidades diferentes.



É o caso, apenas como exemplo, do Tribunal de Justiça do Pará, no qual dos 29 desembargadores, 17 são mulheres, isso é, mais que 50%.

A proposta de resolução peca por não levar em conta as realidades federativas e é cediço que políticas nacionais que ignoram aspectos locais, em regra, causam mais distorções do que resolvem os problemas que pretendem resolver.

SILÊNCIO ELOQUENTE DA CONSTITUIÇÃO

A rigor, o caso debatido não deriva de lacuna de lei, que poderia demandar resoluções no aguardo de *lege ferenda*. Sobre o caso, tem-se um silêncio eloquente da Constituição.

Esse silêncio eloquente da Constituição perpassa o modelo de indicações para todo Poder Judiciário.

O modelo de indicação para o Conselho Nacional de Justiça, previsto no art. 103-B, não prevê indicações alternadas por gênero. Dos incisos II a XIII, do art. 103-B, não há qualquer menção de indicações por gênero.

O mesmo ocorre com o Supremo Tribunal Federal, para o qual a Constituição exige critérios próprios para a indicação. O mesmo para o STJ e todo Judiciário.

O silêncio eloquente da Constituição não permite, assim, que por meio de resolução o CNJ inove no plano normativo, por mais digna que seja a intenção desse órgão regulador.

Vale ressaltar que a situação em debate se diferencia de outras ocasiões em que o CNJ, ao editar atos normativos primários, instituiu políticas de ação afirmativa em concursos para a magistratura, como é o caso da Resolução n. 203/2015, em favor de pessoas negras. Isso porque o caso em tela não trata do ingresso na carreira, mas sim do acesso de juízes aos tribunais de 2º grau mediante merecimento e antiguidade, cujos princípios e regras gerais estão expressos na Constituição, que ressalva ao STF, através da LOMAN, a sua regulamentação, cabendo ao CNJ, simplesmente, elencar os critérios objetivos de verificação do merecimento.



Além disso, a repentina e drástica alteração procedimental gerará complicações à carreira da magistratura. Desde 1988 são adotados os procedimentos conforme descrição da Constituição Federal, de modo que a mudança do procedimento sem a devida orientação no ordenamento jurídico e nem período de adaptação pode ocasionar injustiças.

CONCLUSÃO

Extraí-se da Constituição Federal silêncio eloquente acerca dos critérios de gênero para a análise da antiguidade e merecimento. Nesse sentido, não compete ao CNJ a criação de novo princípio a ser observado quando do preenchimento das vagas da magistratura de carreira para os tribunais de 2º grau.

Assim, com respeito, o CONSEPRE requer a retirada da pauta de julgamento do CNJ, do dia 19/09/2023, da proposta, para que os tribunais se pronunciem individualmente acerca da minuta de resolução.

DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO FRANÇA

Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

DESEMBARGADOR MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA

Vice-Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

DESEMBARGADORA IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA

Vice-Presidente de Cultura do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul



DESEMBARGADOR PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA

Vice-Presidente de Relacionamentos Institucionais do Conselho de Presidentes dos
Tribunais de Justiça do Brasil

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

DESEMBARGADOR JOSÉ ARTHUR DE CARVALHO PEREIRA FILHO

Vice-Presidente de Inovação e Tecnologia do Conselho de Presidentes dos Tribunais de
Justiça do Brasil

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

DESEMBARGADOR NILSON SOARES CASTELO BRANCO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

DESEMBARGADOR RICARDO RODRIGUES CARDOZO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

DESEMBARGADORA MARIA DE NAZARÉ SILVA GOUVEIA DOS SANTOS

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará

DESEMBARGADOR LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIREDO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco

DESEMBARGADOR RICARDO MAIR ANAFE

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

DESEMBARGADORA CLARICE CLAUDINO DA SILVA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso



DESEMBARGADOR ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

DESEMBARGADOR JOÃO BENEDITO DA SILVA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

DESEMBARGADORA FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

DESEMBARGADOR HILO DE ALMEIDA SOUSA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí

DESEMBARGADOR AMÍLCAR MAIA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

DESEMBARGADOR FERNANDO TOURINHO DE OMENA SOUZA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

DESEMBARGADOR RICARDO MÚCIO SANTANA DE ABREU LIMA

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe

DESEMBARGADORA NÉLIA CAMINHA JORGE

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas

DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná



DESEMBARGADORA REGINA CÉLIA FERRARI LONGUINI

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Acre

DESEMBARGADOR SÉRGIO FERNANDES MARTINS

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

DESEMBARGADOR JOSÉ CRUZ MACEDO

Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

DESEMBARGADOR ADÃO CARVALHO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá

DESEMBARGADOR JESUS RODRIGUES DO NASCIMENTO

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Roraima

DESEMBARGADORA ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

