

PODER JUDICIÁRIO. ACESSO DE JUÍZES DE CAREIRA AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU POR MERECIMENTO. INCIDÊNCIA DO ART. 93, II, A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

I. HIPÓTESE

1. Consulta-me a Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE acerca de questão envolvendo a interpretação de normas constitucionais que disciplinam a promoção de juizes nas carreiras da magistratura nacional. Mais especificamente a consulente pergunta se a previsão constante do art. 93, II, *a* da Constituição Federal – por força da qual a promoção por merecimento será obrigatória na hipótese “*do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento*” – seria ou não aplicável ao concurso para acesso dos juizes de carreira aos tribunais de segundo grau e, de forma mais particular, ao concurso para acesso dos juizes federais aos Tribunais Regionais Federais. Por solicitação da consulente, o tema será examinado da forma mais objetiva possível

2. A consulta é motivada pela circunstância de, recentemente, a Exma. Sra. Presidenta da República ter, pela primeira vez, deixado de aplicar o art. 93, II, *a* da Constituição Federal na nomeação de juiz federal para o Tribunal Regional Federal da 2ª Região¹. Com efeito, no último concurso de promoção por merecimento para o referido Tribunal, a Presidenta preteriu o juiz federal que figurava pela terceira vez consecutiva na lista elaborada pelo Plenário da Corte², e que também era o primeiro colocado na lista por merecimento, e nomeou outro candidato, que não atendia às exigências de que cuida o referido art. 93, II, *a*. A consulente observa que, embora o acesso de juizes aos tribunais de segundo grau seja referido de forma

¹ O ato em referência foi publicado do Diário Oficial da União do dia 19 de abril de 2010.

² Trata-se do Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

específica pelo art. 93, III, da Constituição (“o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;”), sempre se entendeu que o art. 93, II, *a*, descreve norma geral na matéria, aplicando-se não apenas às promoções entre cargos no Poder Judiciário de primeiro grau como também às promoções do primeiro para o segundo grau de jurisdição, isto é: ao acesso aos tribunais. Tanto assim que o Poder Executivo sempre observou a previsão constitucional em tela.

3. A consulente informa, por fim, que o Poder Executivo não divulgou qualquer arrazoado esclarecendo por quais razões teria alterado seu entendimento tradicional na matéria. A consulente cogita de uma possível razão: a nova redação do art. 93, III, da Constituição, resultado de alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/04, que deixou de fazer referência expressa à aplicação do inciso II do mesmo artigo. Em sua redação original, o inciso III do art. 93 determinava que o acesso aos tribunais far-se-ia “de acordo com o inciso II”. A própria consulente reconhece que a hipótese aproxima-se da especulação uma vez que em várias ocasiões, já após a EC nº 45/04, o Poder Executivo manteve o mesmo entendimento anterior. Seja como for, a consulente pede que o ponto seja examinado de forma específica. Confira-se a redação original e a redação atual dos dispositivos constitucionais pertinentes:

Redação original

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;

- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento;
- d) na apuração da antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem;”

Redação atual

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

- a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento;
- b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago;
- c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critério objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- d) na apuração de antigüidade, o tribunal apenas poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento

próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

4. Já se pode adiantar que a conclusão apurada é a de que o art. 92, II, *a*, da Constituição de 1988 continua a aplicar-se ao concurso para acesso dos juízes de carreira aos tribunais de segundo grau e, de forma mais particular, ao concurso para acesso dos juízes federais aos Tribunais Regionais Federais, não tendo a Emenda Constitucional nº 45/2004 promovido qualquer alteração no particular. Assim, e com todo o respeito devido e merecido, é inválida a decisão da Exma. Sra. Presidenta da República que preteriu o juiz federal que figurava pela terceira vez consecutiva na lista elaborada pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e nomeou outro candidato, que não atendia às exigências de que cuida o referido art. 93, II, *a*. Apurou-se também, por eventualidade, que mesmo que se entendesse pela não aplicação do art. 92, II, *a*, à hipótese, também aqui a respeitável decisão da Presidente da República seria inválida. Na sequência são expostas, objetivamente, as razões que conduziram a essas conclusões.

II. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 93, INCISO II: NORMAS GERAIS SOBRE PROMOÇÃO DE MAGISTRADOS. INCIDÊNCIA NOS CONCURSOS DE ACESSO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU

5. Como é corrente, o sentido e o alcance dos comandos normativos – inclusive dos constitucionais – são apurados a partir do exame de

alguns elementos. Em primeiro lugar, as possibilidades semânticas do texto estabelecem os limites para a interpretação jurídica que deverá se situar dentro da moldura delineada pelo enunciado linguístico. O elemento gramatical ou semântico, portanto, é o ponto de partida do intérprete. A esse primeiro elemento se juntam, como se sabe, os elementos sistemático, histórico e teleológico³. Examinem-se, portanto, cada um deles.

6. O *caput* do art. 93 da Constituição prevê que lei complementar disporá sobre o Estatuto da Magistratura que, em qualquer caso, deverá observar os princípios que o dispositivo constitucional apresenta na sequência. O inciso I cuida do ingresso na carreira e os incisos II, III e IV tratam de aspectos variados da promoção dos magistrados. O inciso II disciplina a promoção de magistrados de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, e suas alíneas descrevem regras gerais sobre os critérios de antiguidade e de merecimento, transcritas acima. Dentre essas regras encontra-se a da alínea *a*, aqui mais relevante, que dispõe acerca da promoção obrigatória do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

7. O inciso III do mesmo art. 93, por sua vez, e como já referido, cuida do acesso aos tribunais de segundo grau que, do mesmo modo, far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente. Note-se que, embora o art. 93 não identifique o acesso aos tribunais como uma *promoção*, não há dúvida de que é disso que se trata. A própria Constituição Federal utiliza o termo *promoção* para designar o acesso de juízes federais e de juízes do Trabalho aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Regionais do Trabalho, respectivamente (v. o art. 107, II e o art. 115, II⁴)⁵. Por fim, o inciso

³ Sobre os elementos clássicos de interpretação e sua aplicação ao texto constitucional, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2009, p. 290 e ss..

⁴ Constituição Federal, art. 107, II: "Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco

IV trata de cursos de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados.

8. A primeira questão que deve ser respondida, portanto, é simples. As alíneas do inciso II do art. 93 aplicar-se-iam apenas às promoções entre cargos públicos no Poder Judiciário de primeiro grau, e não às promoções dos juízes que ascendem aos tribunais? A resposta decorre dos elementos semântico e sistemático de forma direta, sendo confirmada, igualmente, pelos elementos histórico e teleológico de interpretação.

9. As alíneas do inciso II do art. 93 são, nos termos do *caput* do dispositivo, princípios gerais – *rectius*: normas gerais⁶ – que devem aplicar-se a toda a magistratura nacional. Tendo em conta esse sistema, faria muito pouco sentido que o constituinte tivesse disposto sobre os critérios do merecimento e da antiguidade nas alíneas do inciso II do art. 93, determinado a aplicação desses critérios a todas as promoções no âmbito do Poder Judiciário – inclusive àquela que conduz os magistrados aos tribunais de segundo grau – e, nada obstante, houvesse decidido por aplicar as normas que regulam esses critérios a apenas algumas promoções, e não a outras. E tudo

anos, sendo: (...) II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antiguidade e merecimento, alternadamente”.

Constituição Federal, art. 115, II: “Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (...)II os demais, mediante promoção de juízes do trabalho por antiguidade e merecimento, alternadamente”.

⁵ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de esclarecer o ponto, ainda na vigência da Constituição anterior: “Acesso de juízes de entrância especial ao Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Observância do disposto no artigo 80, parágrafo 1, I, da Lei Complementar n. 35/79 em face da regra geral do artigo 10º. Interpretação do preceito especial do artigo 142 da referida lei. Tendo em vista que, para efeito de promoção para o Tribunal de Justiça, o artigo 100, parágrafo 3, considera o Tribunal de Alçada, onde houver, como a mais alta entrância da magistratura estadual, **isso implica dizer que o Tribunal de Alçada está acima da mais elevada entrância do primeiro grau de jurisdição, e o seu acesso se fará também por via de promoção, nos exatos termos do artigo 144, III, da Constituição Federal, que usa da expressão acesso como promoção.** (...) Recurso extraordinário conhecido e provido (STF, DJ 26 ago. 1988, RE 114961/RJ, Rel. Min. Moreira Alves)

⁶ Nem sempre ter-se-á um princípio, já que alguns dos comandos do art. 93 seriam melhor descritos como regras.

isso de forma implícita.

10. A não aplicação das normas constantes do art. 93, II da Constituição à promoção de magistrados aos tribunais faria tão pouco sentido que a própria decisão da Exma. Sra. Presidenta da República aplicou, em parte, o art. 93, II, *a* da Constituição à hipótese. Com efeito, note-se que é o referido dispositivo quem determina a elaboração de lista triíplice no concurso de promoção de magistrados. Assim, a norma foi aplicada para fim de elaboração da lista, mas afastada no que diz respeito à regra de promoção obrigatória do magistrado que figura por três vezes consecutiva em lista de merecimento.

11. Na realidade, o que se observa é que a incidência das normas gerais do inciso II à hipótese do inciso III, ambos do art. 93 da Carta, não depende de menção expressa, mas decorre do próprio sistema constitucional na matéria. A rigor, a não incidência dessas normas gerais a uma hipótese de promoção na carreira da magistratura é que necessitaria de previsão constitucional expressa: sem uma exceção específica, nada justificaria um tratamento diferenciado na hipótese, considerando que os fenômenos – as promoções – são equiparáveis⁷. Assim, é fácil concluir que a EC nº 45/04 nada alterou nesse particular⁸: a referência expressa ao inciso II anteriormente existente, e que acabou por ser suprimida, não era o fundamento

⁷ No mesmo sentido aqui defendido, confirmam-se exemplificativamente: Sérgio Bermudes, *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45*, 2005, p. 30; Flávio Dino, comentários ao art. 93, III. In: *Reforma do Judiciário: comentários à emenda nº 45/2004*, Flávio Dino, Hugo Melo Filho, Leonardo A. de Andrade Barbosa e Nicolao Dino, 2005, p. 42.

⁸ Não se pode deixar de reconhecer que a técnica legislativa poderia ser mais apurada: as normas constantes das alíneas do inciso II do art. 93 da Constituição estariam melhor situadas em um parágrafo independente ou, ainda, a hipótese de acesso aos tribunais poderia constar do próprio inciso II. Deficiências da técnica legislativa, porém, não são propriamente um fenômeno novo ou raro e há muito tempo o Judiciário desenvolveu formas e meios técnicos de lidar com elas. Na hipótese, a técnica legislativa pouco apurada oferece ao intérprete opções que sequer dão corpo a uma dúvida consistente, pois, como se viu, a conclusão decorre de simples interpretação sistemática da Constituição. Ademais, e como se verá na sequência, a técnica adotada vem do texto constitucional anterior, na vigência do qual a interpretação era a mesma que ora se defende.

principal da aplicação, ao acesso aos tribunais, das normas do inciso II. O elemento histórico é útil nesse particular.

12. Considerando as justificativas apresentadas para a proposta de emenda constitucional que resultou na EC nº 45/04 e os debates parlamentares que envolveram, não foi possível localizar qualquer registro no sentido de que a retirada da expressão “*de acordo com o inciso II*” do inciso III do art. 93 teria por objetivo alterar o regime aplicável às promoções para os tribunais de segundo grau. O ponto simplesmente não foi discutido. Na realidade, a retirada da referência ao inciso II do texto do inciso III do art. 93 da Carta parece ter sido fruto de um equívoco no processo legislativo que deu origem à EC nº 45/04. O substitutivo que propôs a nova redação do art. 93, III da Constituição sequer continha justificativa para a retirada da menção ao inciso II, já que o objetivo do constituinte derivado, ao que tudo indica, era apenas retirar a menção aos Tribunais de Alçada, que foram extintos pelo art. 4º da Emenda⁹. Ou seja: além de a ausência de menção ao inciso II não ser suficiente para se concluir pela sua não aplicação à hipótese do inciso III, a verdade é que a EC nº 45/04 sequer pretendeu produzir esse resultado com a alteração.

13. Veja-se que a conclusão que se acaba de apurar é bastante tradicional no direito brasileiro, não ensejando maior controvérsia. O art. 144, incisos II e III da Constituição de 1969, por exemplo, ao tratarem da Justiça dos Estados, apresentavam redação muito semelhante à dos incisos II e III do atual art. 93 da Constituição de 1988, já após a EC 45/04, uma vez que também na Carta de 1969, o inciso III do art. 144, que tratava do acesso aos tribunais de segundo grau, não fazia qualquer remissão expressa ao inciso II, que estabelecia normas gerais sobre os critérios do merecimento e da

⁹ Emenda Constitucional nº 45, art. 4º: “Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antigüidade e classe de origem”.

antiguidade. Confira-se o texto dos dispositivos da Constituição de 1969:

Art. 144. Os Estados organizarão a sua justiça, observados os artigos 113 a 117 desta Constituição, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e os dispositivos seguintes: (...)

II - a promoção de juízes far-se-á de entrância a entrância, por antiguidade e por merecimento alternadamente, observado o seguinte:

a) apurar-se-á na entrância a antiguidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento;

b) no caso de antiguidade, o Tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos que integrem o órgão especial a que alude o item V deste artigo, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

c) somente após dois anos de exercício na respectiva entrância poderá o juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou forem recusados, pela maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do órgão especial previsto no item V deste artigo, candidatos que hajam completado o estágio;

III - o acesso aos Tribunais de segunda instância dar-se-á por antiguidade e por merecimento, alternadamente. A antiguidade apurar-se-á na última entrância, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça. Neste caso, o Tribunal de Justiça somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto da maioria dos desembargadores, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação. No caso de merecimento, a lista tríplice compor-se-á de nomes escolhidos dentre os juízes de qualquer entrância;”

14. Veja-se que a redação da Carta anterior é muito semelhante à do texto atualmente em vigor da Constituição de 1988. Isto é: o inciso II disciplinava a promoção de entrância a entrância, estabelecendo as normas gerais acerca do merecimento e da antiguidade, e o inciso III tratava do acesso aos tribunais de segundo grau, sem determinar a observância das normas do inciso II. Mais do que isso, o inciso III do art. 144 da Constituição de 1969 ainda reproduzia algumas das normas constantes do inciso II, o que

permitiria uma interpretação no sentido de que, para fins de promoção ao segundo grau, a Constituição somente pretendia a aplicação das normas reproduzidas expressamente no inciso III. Também a Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, editada na vigência da Constituição de 1969, não continha qualquer dispositivo expresso determinando a aplicação das normas gerais sobre promoção de magistrados ao concurso de acesso, por merecimento, aos tribunais de segundo grau¹⁰.

15. Nada obstante tudo isso, a prática do Judiciário e do Executivo, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sempre foram no sentido de que a regra constante do art. 144, II, *a*, que determinava a obrigatória promoção do magistrado que constasse por cinco vezes consecutivas em lista de merecimento, aplicava-se também ao concurso para acesso aos tribunais. Nesse sentido, confira-se:

“Poder Judiciário. Promoção de juiz a Desembargador, após figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento. Inteligência do inc-I, do parágrafo 1., do art-80, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e letra a, do inc-II, do art-144, da Constituição Federal.”¹¹.

16. Esse mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal permaneceu inalterado na vigência da Constituição de 1988, inclusive após a EC nº 45/04. Com efeito, já após a EC nº 45/04, o STF teve a oportunidade de discutir, acerca da formação das listas de merecimento para promoção aos Tribunais Regionais Federais, se seria aplicável ao concurso a regra constante

¹⁰ Com efeito, a promoção de magistrados de entrância para entrância é regulado pelo art. 80 da LOMAN, que reproduz nos incisos de seu § 1º as normas do art. 144, II da Constituição de 1969. O acesso aos Tribunais, por sua vez, é regulamentado pelo art. 87 da Lei Complementar. Nele há apenas a previsão de que a promoção “far-se-á, alternadamente, por antiguidade e merecimento” e a autorização contida no § 1º no sentido de que a lei poderá condicionar o acesso aos Tribunais à frequência e aprovação em curso ministrado por escola oficial. Portanto, a LOMAN também não determina a observância das normas do seu art. 80 – reprodução do art. 144, II da Constituição de 1969 – aos concursos de acesso aos Tribunais de segundo grau.

¹¹ STF, DJ 21 mai. 1982, AgRg no AI 86719/SP, Rel. Min. Djaci Falcão.

do art. 93, II, *b* da Constituição ou se seria aplicável a regra do art. 107, II, *b* da Carta, que regula especificamente a promoção para os Tribunais Regionais Federais.

17. É interessante observar que o pressuposto de toda a discussão travada perante o Supremo Tribunal Federal, assumido pela própria Corte, é justamente o de que as normas gerais do art. 93, II da Constituição são, em tese, aplicáveis aos concursos de acesso aos tribunais, sendo afastadas no caso específico apenas por existir norma especial a respeito do tema em outro ponto da Constituição. Assim, embora a Corte não tenha enfrentado diretamente o tema, parece tranquilo afirmar que o STF continua a entender que a regra do art. 93, II, *a* da Constituição – assim como as demais previsões contidas no inciso II – aplicam-se ao acesso de magistrados ao segundo grau de jurisdição. Confirmam-se os precedentes do STF:

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. JUIZ DO TRF. NOMEAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA IMPUGNAR LISTA QUADRUPLA. INTERSTICIO. MATERIA DE PROVA. 1. Os concorrentes qualificados para integrar lista, nela não incluídos, têm legitimidade ativa para questionar sua validade. Precedentes. 2. A teor dos artigos 93, II, *b* e III, 107, II da Constituição Federal e 80, 82, 84 e 88 da LOMAM a confecção de lista quádrupla, ao invés de duas listas tríplexes, é legítima. 3. É inaplicável a norma do art. 93, II, *b*, da Constituição Federal à promoção dos juizes federais, por estar sujeita apenas ao requisito do implemento de cinco anos de exercício do art. 107, II da Carta Magna, incluído o tempo de exercício no cargo de juiz federal substituto. Precedentes. Favorecimento para inclusão na lista não comprovado. 4. Segurança denegada”¹².*

“Agravo regimental em Reclamação. 2. Ato administrativo consistente na elaboração de lista tríplex para preenchimento do cargo de desembargador federal.

¹² STF, DJ 23 set. 2005, MS 23789/PE, Rel^a. Ellen Gracie.

3. Não-ocorrência de violação à decisão do STF na ADI nº 581/DF, que se refere unicamente à promoção de juizes no âmbito da Justiça do Trabalho. 4. Inaplicação do art. 93, II, "b", da Constituição Federal à promoção de juizes federais, por estar sujeita somente ao requisito do implemento de 5 (cinco) anos de exercício no cargo de juiz federal substituto. 5. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento"¹³.

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZ FEDERAL. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. 1. Segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, ‘É inaplicável a norma do art. 93, II, b, da Constituição Federal à promoção dos juizes federais, por estar sujeita apenas ao requisito do implemento de cinco anos de exercício do art. 107, II da Carta Magna, incluído o tempo de exercício no cargo de juiz federal substituto. Precedentes’ (MS 23.789, da relatoria da ministra Ellen Gracie). 2. Agravo regimental a que se nega provimento”¹⁴.

18. Na mesma linha é o entendimento do Conselho Nacional de Justiça que, já após a EC nº 45, editou a Resolução nº 6, de 13 de setembro de 2005, revogada pela Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010, ambas dispondo “sobre a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º Grau”. Da leitura de ambas, resta evidente que o Conselho entende aplicáveis as normas do art. 93, II à promoção de magistrados aos tribunais de segundo grau. Confirmam-se, a propósito, os dispositivos pertinentes de cada uma das Resoluções:

Resolução nº 6/2005

“Art. 2º - A promoção por merecimento e o acesso aos Tribunais de 2º grau pressupõem dois anos de exercício na respectiva entrância ou no cargo e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade, salvo se

¹³ STF, DJ 21 nov. 2011, AgRg na Rcl 5298/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes.

¹⁴ STF, DJ 15 dez. 2010, AgRg no MS 26661/DF, Rel. Min. Ayres Britto. Também posterior à EC nº 45, v. a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, proferida no MS 29797/DF (DJ 06 dez. 2010).

não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago. Parágrafo único. É obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”.

Resolução nº 106/2010

“Art. 3º São condições para concorrer à promoção e ao acesso aos tribunais de 2º grau, por merecimento: I - contar o juiz com no mínimo 2 (dois) anos de efetivo exercício, devidamente comprovados, no cargo ou entrância;

II - figurar na primeira quinta parte da lista de antiguidade aprovada pelo respectivo Tribunal;
III - não retenção injustificada de autos além do prazo legal;

IV - não haver o juiz sido punido, nos últimos doze meses, em processo disciplinar, com pena igual ou superior à de censura.

§ 1º Não havendo na primeira quinta parte quem tenha os 2 (dois) anos de efetivo exercício ou aceite o lugar vago, poderão concorrer à vaga os magistrados que integram a segunda quinta parte da lista de antiguidade e que atendam aos demais pressupostos, e assim sucessivamente.

§ 2º A quinta parte da lista de antiguidade deve sofrer arredondamento para o número inteiro superior, caso fracionário o resultado da aplicação do percentual.

§ 3º Se algum integrante da quinta parte não manifestar interesse, apenas participam os demais integrantes dela, não sendo admissível sua recomposição.

§ 4º As condições elencadas nos incisos I e II deste artigo não se aplicam ao acesso aos Tribunais Regionais Federais”.

19. Resta fazer um último registro breve sobre o elemento teleológico. Em primeiro lugar, o art. 93 da Constituição tem como finalidade genérica estabelecer normas gerais para a magistratura nacional. Assim, e como já referido, seria incoerente imaginar que promoções de magistrados que empregam os mesmos critérios – antiguidade e merecimento – teriam regimes diversos no particular. Em segundo lugar, parece certo que a Constituição pretende prestigiar o mérito na promoção de magistrados como forma de

estimular a melhoria da prestação jurisdicional. A Emenda Constitucional nº 45/04, aliás, torna esse objetivo ainda mais evidente. Com efeito, a EC nº 45/04 pretendeu conferir objetividade aos critérios para aferição do mérito, incluiu o tema da retenção dos autos na discussão da promoção dos magistrados (art. 93, II, *c e e*) e disciplinou de forma mais detalhada a questão da formação e do aperfeiçoamento dos magistrados (art. 93, IV).

20. Ora, o objetivo de prestigiar o critério do merecimento e, por essa via, incrementar a qualidade da prestação jurisdicional, não diz respeito apenas ao exercício da atividade do magistrado no primeiro grau de jurisdição. Considerando os fins constitucionais, seria irrazoável imaginar que tais critérios de mérito seriam considerados para a promoção dos magistrados de entrância para entrância, mas seriam irrelevantes na promoção dos magistrados para os tribunais. O raciocínio, levado ao extremo, tornaria inútil o esforço da Constituição ao formular uma série de exigências para a aferição do merecimento dos magistrados para fins de promoção, caso se considerasse que tais dispositivos simplesmente não se aplicariam no acesso aos tribunais de segundo grau.

21. Por todo o exposto, é correto concluir que as normas gerais sobre promoção de magistrados constantes das alíneas do art. 93, II aplicam-se ao concurso para acesso de magistrados aos tribunais de segundo grau, hipótese tratada no inciso III do mesmo dispositivo constitucional. A Emenda Constitucional nº 45/04 nada alterou no particular. Essa a prática histórica no Direito Constitucional brasileiro e o entendimento atual, pós-Emenda Constitucional nº 45/04, do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. A decisão da Exma. Sra. Presidenta da República já referida é, portanto, inválida, na medida em que viola o art. 93, II, *a* da Constituição Federal.

III. POR EVENTUALIDADE: REGIME JURÍDICO APLICÁVEL CASO O ART. 93, INCISO II NÃO INCIDISSE SOBRE OS CONCURSOS DE ACESSO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU

22. Por fim, cumpre fazer, por eventualidade e a pedido da consulente, uma breve nota sobre qual seria o regime jurídico aplicável caso o art. 93, II, da Constituição não incidisse sobre os concursos de acesso aos Tribunais de segundo grau, em particular quando a promoção envolve o critério do merecimento.

23. Caso se entendesse que, com a edição da EC nº 45/04, o art. 93, II, e suas alíneas, deixaram de ser aplicáveis aos concursos de promoção de magistrados ao segundo grau, dever-se-ia concluir também que as normas do art. 80, *caput* e § 1º da LOMAN, que disciplinam a promoção em primeiro grau¹⁵, igualmente deixam de incidir sobre o acesso de juizes aos tribunais de segundo grau. Isso porque, assim como o texto atual da Constituição, o art. 87 da LOMAN, ao dispor sobre a promoção para os tribunais de segundo grau, não determina de forma explícita a observância das normas previstas no mencionado art. 80. A promoção ao segundo grau de jurisdição estaria disciplinada, no plano constitucional, apenas pelo art. 93, III

¹⁵ LOMAN, art. 80: "Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios de antigüidade e de merecimento, alternadamente, e o da indicação dos candidatos à promoção por merecimento, em lista tríplice, sempre que possível. § 1º - Na Justiça dos Estados: I - apurar-se-ão na entrância a antigüidade e o merecimento, este em lista tríplice, sendo obrigatória a promoção do Juiz que figurar pela quinta vez consecutiva em lista de merecimento; havendo empate na antigüidade, terá precedência o Juiz mais antigo na carreira; II - para efeito da composição da lista tríplice, o merecimento será apurado na entrância e aferido com prevalência de critérios de ordem objetiva, na forma do Regulamento baixado pelo Tribunal de Justiça, tendo-se em conta a conduta do Juiz, sua operosidade no exercício do cargo, número de vezes que tenha figurado na lista, tanto para entrância a prover, como para as anteriores, bem como o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento; III - no caso de antigüidade, o Tribunal de Justiça, ou seu órgão especial, somente poderá recusar o Juiz mais antigo pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; IV - somente após dois anos de exercício na entrância, poderá o Juiz ser promovido, salvo se não houver, com tal requisito, quem aceite o lugar vago, ou se forem recusados, pela maioria absoluta dos membros do Tribunal de Justiça, ou de seu órgão especial, candidatos que hajam completado o período. § 2º - Aplica-se, no que couber, aos Juizes togados da Justiça do Trabalho, o disposto no parágrafo anterior.

e pelo art. 107, II – esta última, norma especial aplicável exclusivamente ao acesso de juízes federais aos Tribunais Regionais Federais. No plano infraconstitucional, por sua vez, a matéria seria regida apenas pelo art. 87 da LOMAN. Confirmam-se, por facilidade, os dispositivos constitucionais e legal mencionados:

Constituição Federal

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;”

“Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo: (...) II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente”.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional

“Art. 87 - Na Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, o acesso dos Juízes de Direito aos Tribunais de Justiça far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento.

§ 1º - A lei poderá condicionar o acesso por merecimento aos Tribunais, como a promoção por igual critério, à freqüência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrado.

§ 2º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se ao acesso dos Juízes Federais ao Tribunal Federal de Recursos”.

24. Considerando apenas os dispositivos transcritos acima, parece evidente concluir que os concursos para acesso de juízes aos tribunais de segundo grau sofreriam alterações profundas, em particular na promoção

- por merecimento. Em primeiro lugar, as listas tríplices de merecimento deixariam de existir. A norma que determina aos tribunais a elaboração de lista tríplice para envio ao chefe do Poder Executivo consta do art. 93, II, *a* da Constituição Federal e no art. 80, *caput* da LOMAN, dispositivos que não seriam aplicáveis à promoção ao segundo grau, na linha da interpretação da Presidência da República. Como se procederia, então, a escolha?

25. Seria incompatível com o art. 93, III da Constituição, que condiciona a promoção aos tribunais de segundo grau aos critérios da antiguidade e do merecimento, equiparar *merecimento* a um juízo puramente político do Chefe do Executivo. Assim, o mais natural seria entender que, ao invés da votação para elaboração da lista, caberia ao Tribunal, mediante avaliação dos critérios objetivos para a aferição do merecimento dos candidatos¹⁶, escolher um único magistrado – aquele com maior mérito – e enviar seu nome ao Poder Executivo, para fins de nomeação. Se o critério constitucional é o mérito do candidato, o primeiro colocado dever ser o indicado e nomeado, na linha do que a própria Constituição Federal determina de forma geral para os concursos para provimento de cargos públicos, inclusive na magistratura (v. arts. 93, I, 129, § 3º, da Constituição Federal¹⁷). O Chefe do Poder Executivo deixaria de ter a faculdade de escolher um dentre os três magistrados e o ato de nomeação seria um ato inteiramente vinculado e formal, que apenas placitaria o nome enviado pelos tribunais.

¹⁶ A Resolução nº 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, já mencionada acima, “dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau”.

¹⁷ Constituição Federal, art. 93, I: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: 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;”

Constituição Federal, 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”.

26. Esse regime hipotético, como é fácil perceber, também conduziria à invalidade o ato da Exma. Sra. Presidenta da República aqui mencionado. Isso porque, uma vez que a Presidência da República entenda que a regra constante do art. 93, II, *a* da Constituição não é aplicável ao concurso de acesso aos tribunais, a Presidenta deveria ter tomado uma dentre duas atitudes possíveis: (i) determinar a devolução da lista ao TRF da 2ª Região, uma vez que é o próprio art. 93, II, *a* da Constituição que determina a elaboração de lista tríplex pelos tribunais; ou bem (ii) nomear o primeiro da lista de merecimento enviada pelo Tribunal que, segundo informa o consulente, era o mesmo magistrado que, adicionalmente, figurava pela terceira vez consecutiva na lista elaborada pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

IV. CONCLUSÃO

27. O art. 92, II, *a*, da Constituição de 1988 continua a aplicar-se ao concurso para acesso dos juízes de carreira aos tribunais de segundo grau e, de forma mais particular, ao concurso para acesso dos juízes federais aos Tribunais Regionais Federais, não tendo a Emenda Constitucional nº 45/2004 promovido qualquer alteração no particular. Assim, e com todo o respeito devido e merecido, é inválida a decisão da Exma. Sra. Presidenta da República que preteriu o juiz federal que figurava pela terceira vez consecutiva na lista elaborada pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região – na primeira posição da lista –, e nomeou outro candidato, que não atendia às exigências de que cuida o referido art. 93, II, *a*.

É como nos parece.

Rio de Janeiro, 6 de maio de 2011


Ana Paula de Barcellos


Luís Roberto Barroso