

— O art. 128, III, do Decreto-lei n.º 3, de 1969, do estado de São Paulo, ao estabelecer a idade como critério de desempate para efeito de determinação de antigüidade no cargo de desembargador, não viola os arts. 153, § 1.º, e 144, II e III, da Constituição Federal. Ademais, não discrepa ele, também, do disposto no inciso I do § 1.º do art. 80 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que diz respeito, apenas, a critério de desempate em antigüidade para efeito de promoção por antigüidade entre juizes de direito, de uma entrância para outra.

— Em face do inciso V do art. 144 da Constituição, não é o órgão especial dos Tribunais de Justiça grau da carreira da magistratura, mas apenas um órgão que estes comportam.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dínio de Sanctis Garcia e outros versus Conselho Superior de Magistratura e Francisco Thomaz de Carvalho Filho
Recurso Extraordinário nº 99.392 — Relator: Sr. Ministro

MOREIRA ALVES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 26 de outubro de 1983. — *Moreira Alves*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Moreira Alves*: A petição de recurso extraordinário dos Desembargadores Dínio de Sanctis Garcia, Dagoberto Salles Cunha Camargo e João Sabino Neto — cujas razões foram subscritas pelo Desembargador Onnei Raphael Pinheiro Oricchio — assim resume as alegações produzidas no presente mandado de segurança, bem como os fundamentos do acórdão que o julgou, e do qual se recorre:

“Promovidos a desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo os recorrentes, em companhia de outros magistrados de carreira e de seis juizes dos tribunais de Alçada oriundos do quinto constitucional, tomaram posse dos respectivos cargos em 28.11.1979.

Um deles, o Desembargador Dínio de Sanctis Garcia, já no dia anterior postulara que, em face da inconstitucionalidade do art. 128 n.º III, do Decreto-lei estadual n.º 3, de 27 de agosto de 1969, reproduzido no art. 39 do Regimento Interno, fosse adotada como regra de desempate para a fixação da antigüidade na Corte, a da maior antigüidade na entrância anterior.

Em 6.8.80, após prolongada tramitação, a representação foi indeferida pelo órgão especial do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos.

Esta decisão foi, pelo autor da representação, impugnada através do mandado de segurança em referência, ao qual posterior-

mente aderiram, como litisconsortes ativos, os Desembargadores Dagoberto Salles Cunha Camargo, João Sabino Neto, Ennio Bastos de Barros e Onnei Raphael Pinheiro Oricchio.

Os argumentos da inicial, postos em sua ordem lógica, podem ser resumidos da seguinte forma:

Os arts. 99 e 102 da Lei Orgânica da Magistratura, estabelecendo que devem compor o órgão especial o presidente, o vice-presidente do Tribunal de Justiça, o corregedor da Justiça e 'os desembargadores de maior antigüidade no cargo, respeitada a representação do quinto constitucional'; e prescrevendo que os titulares dos cargos de direção sejam eleitos 'dentre seus juízes mais antigos', dividiram os desembargadores em duas subclasses:

1) a dos que compõem o órgão especial, exclusivamente em razão da antigüidade;

2) a dos que daquele não participam, por serem mais modernos.

b) Indiscutível que a subclasse dos desembargadores do órgão especial há de ser posta em nível superior ao da subclasse dos demais desembargadores, pois lhes cabe 'o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno' (Constituição Federal, art. 144, nº V), além da elegibilidade para os postos do Conselho Superior da Magistratura.

c) Assim, o ingresso no órgão especial, por constituir acesso a subclasse superior, tem a natureza e os efeitos de verdadeira promoção, que se realiza independentemente de atos formais de indicação e nomeação, porque decorrência exclusiva da antigüidade, sem possibilidade de veto ou de recusa de encargo.

d) Em consequência, fixada a antigüidade dos desembargadores é o mesmo que resolver, de modo irreversível, sobre o acesso ao órgão especial e a qualificação para os cargos de direção.

e) Daí se segue que, a partir da Lei Orgânica da Magistratura, o tema deixou o âmbito de anódinas regras de protocolo, que podem ser estabelecidas com larga mar-

gem de arbítrio, para alcançar o nível das normas atinentes à promoção dos magistrados.

f) Vista a questão de tal ângulo, a primeira conclusão que se alcança é a de que a norma incriminada viola o princípio da isonomia, parificando situações desiguais pela origem e pelo tempo de serviço.

g) Fere também o mesmo princípio por ser arbitrário, de vez que adota, para definir a antigüidade, critério inteiramente estranho à matéria, de todo divorciado do fim que justifica a prioridade por tempo de serviço e aniquilador da própria antigüidade, pois passa os mais modernos à frente dos mais antigos.

h) É, ainda, contrária à Lei fundamental, pois invade área de exclusiva competência do legislador constituinte, introduzindo, ao lado do merecimento e da antigüidade, um terceiro critério de progressão na carreira: a idade.

i) Quando menos, violaria o conceito de antigüidade inscrito na Carta, numa inadmissível confusão entre o tempo de efetivo exercício e a idade do juiz, com o que se cria uma *antigüidade ficta* a prevalecer sobre a real.

j) É, por igual, incompatível com o sistema da Lei Orgânica da Magistratura e, especialmente, com a regra que regula a formação do órgão especial (art. 99) pois, a pretexto de compô-lo com os desembargadores de maior idade, finda por integrá-lo com os mais modernos, só porque mais idosos.

k) Afastada a norma discutida, surge como única solução justa a que estabeleça a precedência entre os desembargadores que simultaneamente chegam ao Tribunal de Justiça com o mesmo critério que rege a promoção, ou seja, a da antigüidade na última entrância (Constituição Federal, art. 144 nº III).

l) Por tal alvitre fala também a circunstância de, no tocante à carreira do magistrado, o direito nacional dar primazia à antigüidade na entrância sem, claro está, que se anule a antigüidade anterior, que para vários efeitos continua atuante até o fim da carreira.

m) Afinal, a antigüidade na entrância fixa a *posição jurídica* do magistrado em relação aos demais que integram a classe, e constitui direito público subjetivo que não pode ser aniquilado pela circunstância, inteiramente fortuita, de que ocorram promoções e posses simultâneas.

n) De outro lado, a perda da posição jurídica adquirida na última entrância que não resulte da diversidade das datas em que se inicie o exercício na classe superior, tem o nítido sentido de um rebaixamento, incompatível com o nosso sistema constitucional.

A estes argumentos acrescentou a inicial o da invalidade da decisão administrativa proferida por órgão especial irregularmente constituído porque dele excluídos, com flagrante violação do princípio contido no art. 99, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura, de representantes das câmaras da 2ª Seção Civil, cujos lugares foram indevidamente ocupados por ilustres desembargadores da Seção Criminal e da 1ª Seção Civil.

III

1. A segurança foi denegada por v. acórdão cujos fundamentos podem ser assim resumidos:

a) Não teria ocorrido violação direta do art. 144 nº II, letra *a*, e do art. 144 nº III da Constituição Federal, que contém normas específicas da promoção e do acesso, não disciplinando o desempate da antigüidade no cargo de desembargador, quando haja igualdade de exercício e nomeação.

b) Também não teria havido ofensa indireta ao princípio da igualdade perante a lei, pois uma vez investidos em seus cargos todos os desembargadores se igualariam, e o desempate na antigüidade desse cargo, havendo coincidência de posse ou exercício e nomeação, haveria de basear-se em elemento comum a todos, como a idade.

c) Para o reconhecimento da inconstitucionalidade indireta seria necessário fossem transgredidas fórmulas ou condições prescritas pela Lei Fundamental, não podendo ser declarada apenas por os tribunais entenderem a norma ofensiva aos princípios da Jus-

tiça, às noções fundamentais do direito, ou ao espírito que anima a Constituição.

d) A presunção haveria de ser, sempre, pela constitucionalidade da lei, e qualquer dúvida razoável haveria de ser resolvida em seu favor. Em consequência, a inconstitucionalidade só poderia ser declarada quando clara, completa e inequívoca.

e) Reforçaria a presunção a favor da constitucionalidade, a vigência incontestada da lei por longos anos. No caso, a solução atacada remontaria à Lei nº 338, de 1895, e seria repetida nos regimentos internos da Corte Suprema, do Tribunal Federal de Recursos, do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral, bem como nos Tribunais de Justiça dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Paraíba.

f) Também sob o prisma da legalidade, a norma censurada manteria sua validade e eficácia, não seria incompatível com o art. 119 do Decreto-lei estadual nº 3, nem estaria revogada pela Lei estadual nº 225, de 13 de novembro de 1979.

g) Inaplicável, de outro lado, seria a regra de desempate prevista no art. 80, § 1º, nº I, da Lei Orgânica da Magistratura, que não diz com o problema do estabelecimento da antigüidade nos tribunais.

h) A Lei Orgânica da Magistratura não teria revogado a norma incriminada nem subtraído a competência que caberia ao estado-membro, de legislar sobre organização judiciária, pelo menos nos temas que não fossem regulados pelas normas federais.

i) Não haveria, por igual, como aplicar à espécie o art. 80, § 1º, nº I, da Lei Orgânica da Magistratura, por via da analogia, não só porque a matéria estaria regulada pelo art. 128, nº III, do Decreto-lei estadual nº 3, como também porque inexistiria semelhança real entre as hipóteses confrontantes: tornar-se-ia dispositivo aplicável a juízes de carreira para fins de promoção, quando a hipótese versasse sobre desempate na antigüidade de desembargadores oriundos das classes de juízes, advogados e membros do Ministério Público.

j) Desejar-se que no desempate no cargo de desembargador, tenha preferência o juiz mais antigo na carreira, ignorando-se o tempo de carreira no Ministério Público e o de advogado para os oriundos de tais classes, seria discriminar.

k) Nem seria equitativo que entre juízes, uns promovidos por antigüidade e outros por merecimento, fosse escolhido critério de desempate que favorecesse os primeiros.

1) O melhor critério, *de lege ferenda*, para o desempate seria o de se considerar os sucessivos atos de nomeação pela ordem do preenchimento das vagas, conforme as listas organizadas pelo tribunal e apresentadas ao governo do estado — que na espécie seria impraticável por ser desconhecida a assinatura dos atos de nomeação.

2. O v. acórdão rejeitou, também, a preliminar de invalidade da decisão administrativa, pela formação irregular do órgão especial, sob o fundamento de que, estando este integrado pelos desembargadores mais antigos, como manda o art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura, improcederia a censura. Irregularidade, se houvesse, estaria na composição das câmaras não representadas no órgão especial, não na deste.

3. E também repeliu preliminar de caducidade, suscitada por um dos eminentes desembargadores chamados a integrar a li-de” (fls. 526-31).

Esclareço que, por unanimidade, se conheceu da impetração e se afastou a alegação de nulidade do ato impugnado, e, no mérito, a segurança foi denegada por maioria. Houve declaração de voto dos Desembargadores Afonso André (que concedia em parte o mandado, por entender que o art. 80, § 1º, inciso I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional revogara o art. 142, IV, do Código Judiciário do Estado de São Paulo), Sylvio do Amaral (no mesmo sentido do anterior) e Andrade Junqueira (que deferia a segurança nos termos do pedido).

O recurso extraordinário foi admitido pelo seguinte despacho do Desembargador Andrade Junqueira, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 568-84):

“I — Os Desembargadores Dínio de Sanctis Garcia, Dagoberto Salles Cunha Carmargo e João Sabino Neto, bem como o Desembargador Onnei Raphael Pinheiro Oricchio, inconformados com v. acórdão de fls. 431 e seguintes, interpuseram o presente recurso extraordinário, com fundamento no art. 119, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, e art. 541 e seguintes do Código de Processo Civil.

Entendem os doutos recorrentes que a composição do órgão especial, quando do julgamento da representação aludida na impetração, estava constituído em desacordo com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, porquanto esta determina que na composição do órgão especial ‘observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as câmaras, turmas ou seções especializadas’ (art. 99, § 1º); e *ipso facto*, no julgamento do mandado de segurança a mesma falha ocorreu, pois o órgão especial está composto dos 25 juízes mais antigos do Tribunal de Justiça, sem representação em número paritário de todas as câmaras de que se compõe o tribunal, tanto assim que as oito câmaras da 2ª Seção Civil do Tribunal de Justiça, com um total de 40 desembargadores, não contam com um único representante no órgão especial, o que representa uma violação expressa daquele dispositivo de lei federal.

Sustentam, ainda, os impetrantes que a decisão recorrida, no mérito, está em manifesta oposição ao disposto no art. 144, II, letra *a* e alínea III, da Constituição Federal, dispositivos esses que mandam apurar a antigüidade na entrância e que, no acesso ao Tribunal de Justiça a antigüidade há de ser apurada na última entrância.

Em completo desacordo com tais princípios constitucionais, o órgão especial julgou constitucional o dispositivo regimental que dispõe no sentido de que, quando dois ou mais juízes entrarem em exercício na mesma data no tribunal, a antigüidade será regulada pela idade dos juízes, quando a lei estadual, em consonância com a Constituição Federal, dispõe que em tal hipótese deve prevalecer a maior antigüidade na entrância

anterior (art. 119, parágrafo único, do Decreto-lei complementar nº 3/1969).

Os impetrantes, na fundamentada exposição de fls. 2, apóiam-se em renomados doutrinadores, e com argumentação cerrada, sustentam a violação daqueles princípios constitucionais por parte do acórdão recorrido.

II — Feitas as intimações necessárias, decorreu o prazo legal sem manifestação dos interessados.

O parecer da Procuradoria da Justiça se manifestou pelo indeferimento do recurso, por não ter havido ofensa à Constituição Federal ou à lei federal.

É o relatório.

III — Defiro o processamento do recurso extraordinário.

O art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional regulamentou a organização do órgão especial criado pelo inciso V do art. 144 da Constituição Federal, dispondo, no § 1º, o seguinte:

‘Na composição do órgão especial, observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as câmaras, turmas ou seções especializadas.’

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o órgão especial é composto dos 25 desembargadores mais antigos dentro do tribunal, sem observância do citado § 1º, isto é, sem preocupação de se dar representação, nesse órgão, de todas as seções especializadas.

O Tribunal de Justiça é composto de duas seções civis e uma seção criminal, composta a primeira seção civil de seis câmaras, a segunda com oito câmaras e a seção criminal com quatro câmaras.

A segunda seção civil, composta de oito câmaras e 40 desembargadores, não está representada por nenhum desembargador no órgão especial.

O v. acórdão recorrido, para rejeitar a alegação de descumprimento do disposto no § 1º do art. 99 da Lei Orgânica, decidiu que o *caput* do art. 99 dispõe que o órgão especial deve ser formado pelos desembargadores de maior antigüidade no cargo, pelo que a representação paritária, a que alude o § 1º, embora desejável, não é obrigatória;

e que se vício houvesse, estaria ele na composição das câmaras ou seções, que deveriam estar integradas por desembargadores mais antigos, distribuídos igualmente por todas elas.

É de se ponderar, contudo, que o § 1º do art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, contém um preceito imperativo, o que se verifica pelo emprego da locução ‘observar-se-á’, de modo que o preceito é obrigatório, e não facultativo, como entendeu o v. acórdão.

O fato do aludido dispositivo, em seguida, consignar a expressão ‘tanto quanto possível’, não faz desaparecer a imperatividade do preceito; o uso dessa expressão era obrigatória pelo legislador, porquanto, se um tribunal é composto de mais de 25 seções especializadas, à evidência que todas elas não poderiam estar representadas no órgão especial, cujo número máximo de integrantes é de 25 desembargadores.

Mas, no caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, composto somente de três seções especializadas, a representatividade paritária de todas elas no órgão especial é perfeitamente possível, exatamente nos termos do citado § 1º, do art. 99, da aludida lei federal.

E o princípio de que o órgão especial é composto dos 25 desembargadores mais antigos não é absoluto; tanto não é que o próprio *caput* do art. 99 admite que 1/5 dos integrantes do órgão especial seja representado pelos desembargadores provenientes do quinto constitucional, ainda que não tenham antigüidade suficiente para figurar entre os 25 mais antigos dentro do tribunal.

E, sem dúvida, raciocinam corretamente os ilustres impetrantes quando lembram que o § 1º do art. 99 introduz uma outra exceção ao princípio da antigüidade absoluta; se é obrigatória a representação paritária de todas as seções especializadas, representação que, no Tribunal de Justiça de São Paulo, é possível de ser feita, como se viu, é evidente que os desembargadores mais antigos de cada uma das seções podem vir a compor o órgão especial, muito embora, como aqueles membros do quinto constitucional, não

estejam entre os 25 desembargadores mais antigos do tribunal.

Ou então, que o tribunal cuide de distribuir os desembargadores mais antigos entre as três seções especializadas, paritariamente, de modo a poder ser cumprido o preceito federal.

Enfim, o preceito do § 1º do art. 99 da Lei Orgânica não está sendo cumprido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, pelo que o recebimento do recurso extraordinário se impõe para que o colendo Supremo Tribunal Federal dê ao citado texto legal a interpretação certa, a fim de escoimar dúvidas.

IV — No tocante ao mérito, é manifesta a infringência, pelo acórdão recorrido, dos textos constitucionais invocados pelos recorrentes.

Em novembro de 1979 foram promovidos, dos tribunais de Alçada, para cargos de desembargadores do Tribunal de Justiça, 21 juízes de carreira dos tribunais de Alçada, todos eles assumindo o exercício do cargo de desembargador em 28.11.1979, juntamente com mais sete nomeados pelo chamado quinto constitucional, num total de 28 novos desembargadores.

Aconteceu, em seguida, o inacreditável:

- o Desembargador Dínio de Sanctis Garcia, que era o quarto em antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, com 18 anos, 8 meses e 17 dias de antigüidade, 11 dos quais como juiz do Tribunal de Alçada, viu-se rebaixado, após a posse como desembargador, para o 15º lugar dentre aqueles mesmos colegas que assumiram o cargo de desembargador no mesmo dia;

- o Desembargador Dagoberto Salles Cunha Camargo, que era o 13º em antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, passou para o 28º lugar, após assumir o cargo de desembargador;

- o Desembargador João Sabino Neto, que era o 10º na antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, caiu para o 21º lugar, após assumir o cargo de desembargador;

- o Desembargador Onnei Raphael Pignoneiro Oricchio, que ocupava o 7º lugar na

antigüidade em relação aos promovidos, acabou caindo para o 16º lugar, após assumir o cargo de desembargador.

É o que se verifica no documento oficial de fls. 100-1.

Então, vem a pergunta: como poderia ter acontecido tal rebaixamento na antigüidade dentro do tribunal se todos assumiram na mesma data?

E, mais estranhável, ainda: como poderiam ter sido colocados, em antigüidade, em posição inferior aos membros do quinto constitucional que assumiram no mesmo dia no Tribunal de Justiça, quando estes não são promovidos nem têm acesso ao Tribunal de Justiça, mas são nomeados, passando a contar antigüidade no Tribunal de Justiça a partir do exercício do cargo?

Tal situação ocorreu porque o Regimento Interno do Tribunal contém dispositivo no sentido de que havendo o exercício do cargo sido iniciado no mesmo dia, a antigüidade dentro do Tribunal será regulada pela idade do desembargador.

Por força desse dispositivo, se o juiz do Tribunal de Alçada, indicado no 21º lugar pelo critério de antigüidade para a promoção, tiver mais idade do que aquele indicado em 1º lugar, automaticamente passará à frente de todos quantos houvessem sido indicados à frente dele para promoção ainda que pelo critério de antigüidade!

Tal significou que a promoção, para o cargo de desembargador, dos juízes mais novos em idade, isto é, daqueles que iniciaram ainda jovens a carreira e que sempre se esmeraram em ser ótimos juízes, fazendo carreira rápida, sem escolher comarcas, serviu para rebaixá-los em antigüidade, de modo a ficarem colocados, na antigüidade no tribunal, em situação inferior àquela em que se encontravam antes de serem promovidos!

O Desembargador Dínio de Sanctis Garcia que tinha 11 anos como juiz do Tribunal de Alçada, acabou sendo colocado, pela ordem de antigüidade, atrás de juízes do quinto constitucional, juízes estes que não foram promovidos nem tiveram acesso ao Tribunal de Justiça, mas que foram nomeados desembargadores!

Os recorrentes sustentam a tese de que, na hipótese de exercício simultâneo, os promovidos levam consigo a mesma situação que tinham na entrância anterior, isto é, nos tribunais de Alçada, pelo que o indicado em primeiro lugar e como tal nomeado para o cargo de desembargador, tem assegurada a sua posição de antigüidade em relação aos demais juizes que assumiram na mesma data.

É a única tese sustentável diante do preceito constitucional que manda apurar na entrância tanto a antigüidade como o merecimento, para efeito de promoção de entrância a entrância (art. 144, III e alínea a), bem do dispositivo que manda obedecer esse mesmo critério quanto ao acesso aos tribunais de segunda instância, apurando-se na última entrância a antigüidade quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça (art. 144, III, da Constituição Federal).

Tão importante é a antigüidade real do magistrado na entrância que a Constituição Federal houve por bem dispensar até mesmo o pedido do magistrado para ter acesso aos tribunais, resultando daí que não há concurso e *ipso facto* não há inscrição para esse acesso, pois a Constituição parte do pressuposto que todo juiz almeja e tem direito de chegar aos tribunais superiores de Justiça dos estados pelo critério de antigüidade, a não ser que seja vetado.

Se a Constituição Federal adotou o critério de antigüidade para a promoção do magistrado nas diversas entrâncias, assim como o acesso aos tribunais dos estados, paritariamente com o critério de merecimento, obviamente que tal critério de antigüidade prevê a existência de uma lista com a antigüidade de cada um dos magistrados na entrância em que se encontra, sem possibilidade de empate, de modo a possibilitar ao Tribunal de Justiça verificar qual o juiz mais antigo na entrância, para ser indicado para promoção (art. 144, II, letra a), ou para ser recusado (id. letra b), ou então para saber se o juiz completou o estágio na entrância (id. letra c).

Portanto, a antigüidade do juiz, nas diversas entrâncias da carreira, é coisa séria, que

precisa ser tratada com seriedade, pois é o único critério que garante ao magistrado a promoção de uma entrância para outra e até mesmo o acesso aos tribunais de segunda instância da Justiça dos estados, porquanto o critério de merecimento é aleatório, dependendo de indicação em lista triplíce.

E se essa antigüidade possibilita o acesso aos tribunais de segunda instância, isto é, aquela mesma antigüidade que o juiz conquistou na última entrância (art. 144 da Constituição Federal), inconcebível que o juiz indicado por antigüidade em primeiro lugar para acesso ao Tribunal de Justiça, venha a perder essa situação, de mais antigo em relação aos colegas promovidos e que assumiram na mesma data, em razão da idade física, quando é certo que em nenhum dispositivo a Constituição Federal cogita da idade física para o posicionamento do magistrado nas diversas entrâncias, ou na antigüidade geral.

O v. acórdão recorrido olvidou que o acesso ao Tribunal de Justiça faz parte da carreira do magistrado, tanto assim que o juiz mais antigo somente não terá direito a esse acesso se for vetado 'pela maioria dos desembargadores' (art. 144, III, da Constituição Federal).

E não obstante haver chegado ao topo da carreira com o ingresso no Tribunal de Justiça, certo é que aí então precisará ele se valer mais ainda da sua antigüidade para chegar ao órgão especial, composto de um mínimo de 11 e de um máximo de 25 desembargadores (art. 144, V, da Constituição Federal), escolhidos entre os de maior antigüidade no cargo (art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional), assim como para chegar a disputar os cargos de direção do tribunal, escolhidos 'dentre seus juizes mais antigos' (art. 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

A 'antigüidade' a que alude o art. 102 da Lei Orgânica não é nem pode ser criação de regimentos internos ou de leis estaduais, derivada de critérios empíricos, ao sabor de conveniências locais ou ocasionais, como a idade, mas é a mesma antigüidade de que trata a Constituição Federal (art. 144, II)

e o art. 80 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, antigüidade que obedece a critérios legais e que é obedecida para as diversas promoções de entrância para entrância e para o acesso aos tribunais de segunda instância dos estados.

Se se admitir que o Regimento Interno do Tribunal possa erigir a idade do magistrado para assegurar-lhe preeminência de colocação, em relação ao tempo de serviço na magistratura de outro magistrado que assumiu na mesma data, então ter-se-á que reconhecer a inanidade de todas as normas constitucionais que disciplinaram a carreira da magistratura, desde o início pelo concurso e até o acesso aos tribunais.

A se admitir a possibilidade da existência de uma antigüidade estribada na idade ou na cor ou na estatura do magistrado, para prevalecer dentro do Tribunal de Justiça sobre aquela resultante da estatuída na Constituição Federal, resultante de efetivo exercício da magistratura de entrância para entrância, então teremos instaurado uma verdadeira subversão dos princípios constitucionais, pois o vocábulo antigüidade passará a ter um significado constitucional até o magistrado ter acesso aos tribunais de Alçada, pois assumindo vários juizes na mesma data cada qual conservará a posição que tinha na entrância anterior em razão da antigüidade (art. 119, parágrafo único, do Código Judiciário do Estado), e passará a ter o significado que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça determinar para efeito de colocação dos desembargadores dentro do tribunal, o que, *data venia*, importa em dar preeminência a dispositivo do Regimento Interno sobre todas as normas constitucionais que disciplinam a carreira da magistratura nacional.

V — Se em toda e qualquer carreira do funcionalismo público, nunca uma promoção ou acesso justificou ser o promovido colocado em situação inferior em antigüidade aos colegas à frente dos quais se achava na classe de onde saíram e que foram promovidos na mesma data, qual a dificuldade na demonstração de tão óbvia situação jurídica?

A explicação quem no-lo dá é o saudoso Francisco Campos em palavras lapidares:

‘Penosa e sem termo é a tarefa de demonstrar a obviedade. Esta se manifesta como a luz e não se pode demonstrar a luz senão apontando para os objetos que a sua incidência põe em relevo e torna desde logo presente à nossa percepção. Hoje, porém, quando mais se desenvolve a pesquisa e a investigação do obscuro, mais se generaliza a dúvida ou a incerteza em relação ao que é óbvio ou que se manifesta, em toda a plenitude, pelo simples ato da sua presença ou pela força axiomática de seu enunciado.’

Pensando certamente nesta triste condição do nosso tempo, foi que o grande juiz, que por tantos anos iluminou com as irradiações do seu gênio a Corte Suprema dos EUA, escreveu este juízo, a um só tempo sábio e melancólico:

‘(...) and it seems to me that at this time we need education in the obvious than investigation in obscure’ (Holmes, Oliver. Selected papers, apud. *Rev. Forense*, v. 155/84, p. 292).

Em razão dessa dificuldade na demonstração do óbvio foi que o subscritor deste despacho foi obrigado a fazer duas longas declarações de voto de fls. 143-67 e de fls. 487-518, sendo que os doutos recorrentes ainda precisaram se socorrer de novos argumentos jurídicos para a demonstração de que o julgado recorrido vulnerou não somente o espírito como também o próprio texto da Constituição Federal.

VI — Ante o exposto, defiro o processamento do presente recurso extraordinário, pois sobre ambas as teses em debate será amplamente proveitoso para todos os juizes brasileiros a sábia e justa manifestação do mais alto intérprete da lei federal.”

As fls. 650-8, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Mauro Leite Soares:

“1. Pretendem os recorrentes a derrubada de velha, por sábia, norma inscrita em, possivelmente, todas as leis ou regimentos do Poder Judiciário no atinente à antigüidade do juiz no tribunal, referentemente à precedência quanto à posse (exercício), à

nomeação e à idade, respectivamente, norma essa que encontra inscrição no art. 17 do Regimento Interno da nossa Corte Suprema.

2. Ainda, em preliminar, alegam que a composição do órgão especial do tribunal *a quo* viola o § 1º do art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, porque não respeitada a representação paritária de todas as câmaras, turmas ou seções especializadas. A preliminar bem respondeu o acórdão, fls. 437:

‘Não procede, por outro lado, a aventada nulidade do ato impugnado por vício de composição do órgão especial:

Este tem a sua formação fixada no art. 99, *caput*, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

‘Compõem o órgão, a que se refere o parágrafo único do art. 16, o presidente, o vice-presidente e o corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os desembargadores de maior antigüidade no cargo, respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.’

O comando é claro ao estabelecer a integração do órgão especial pelos ‘desembargadores de maior antigüidade’, respeitada a representação do quinto constitucional.

Tanto que a substituição no órgão especial, em casos de afastamento ou impedimento, observará ‘a ordem decrescente da antigüidade’ (§ 2º, do art. 99).

Busca-se fazer prevalecer o § 1º, pelo qual

‘Na composição do órgão especial observar-se-á, tanto quanto possível, a representação, em número paritário, de todas as câmaras, turmas ou seções especializadas.’

Tal regra, contudo, não se sobrepõe ao *caput* do dispositivo, com o qual, ao contrário, se harmoniza.

Essa representação é desejável, mas não é obrigatória, pois far-se-á ‘tanto quanto possível’. E a formação do órgão especial com os desembargadores de maior antigüidade atende a exigência legal do *caput* do art. 99.

O problema foi mal enfocado pela imprecisão. Se houvesse irregularidade seria na constituição das câmaras, que deverão contar ‘tanto quanto possível’ com elementos do órgão especial. A composição deste pelos ‘desembargadores de maior antigüidade’, respeitado o quinto, está perfeita. Não se aponta nenhum desembargador entre os seus membros que careça dessa maior antigüidade.

Repetita-se: se vício houvesse (e não existe porque essa representação é ‘tanto quanto possível’) estaria nos atos praticados pelas câmaras ou seções. Jamais nos atos do órgão especial, que está integrado pelos desembargadores de maior antigüidade, respeitado o quinto constitucional, na observância rigorosa e cabal da lei (art. 99, *caput*).’

3. Ora, realmente, pretender que um parágrafo se sobreponha ao *caput* de um artigo é investir contra princípio elementar de hermenêutica do direito. Obviamente que o § 1º dispõe em complementação ao *caput* do seu art. 99, ‘tanto quanto possível’, mesmo porque a especialização dos membros integrantes do órgão especial, pela escolha da matéria especializada em razão da própria antigüidade dos membros no tribunal, poderá não comportar a representação paritária ou igualitária das câmaras, turmas ou seções. Se os membros mais antigos possuem a prerrogativa normalmente concedida pelos pares para a escolha da matéria especializada, tal direito precede e permanece inalterável em suas conseqüências. Se, conforme aduziu o ilustre Desembargador Andrade Junqueira em seu despacho admissivo do recurso, fls. 573, o tribunal *a quo* comporta tal distribuição paritária e se tal distribuição paritária não envolve o direito prioritário dos membros mais antigos para a integração do órgão especial, a questão, então, não é em relação ao órgão especial, mas, sim, certamente, em relação aos seus órgãos inferiores, as seções especializadas, ou turmas especializadas ou câmaras especializadas. O que não é possível, no caso, é pretender inverter a ordem de organização do tribunal, isto é, em vez de cima para baixo, em razão da antigüidade, princípio maior, para

de baixo para cima, em razão da paridade, princípio menor. Esta, a paridade, é parte acessória, complementar, da parte principal, fundamental.

4. No mérito, inobstante o brilhantismo das deduções postas nos autos, tal qual o elevado apreço pelos dignos recorrentes, não merece acolhimento a impugnação extraordinária.

5. Declara o despacho admissivo, fls. 574: 'Em novembro de 1979 foram promovidos, dos tribunais de Alçada, para cargos de desembargadores do Tribunal de Justiça, 21 juízes de carreira dos tribunais de Alçada, todos eles assumindo o exercício do cargo de desembargador em 28.11.1979, juntamente com mais sete nomeados pelo chamado quinto constitucional, num total de 28 novos desembargadores.

Aconteceu, em seguida, o inacreditável:

- o Desembargador Dínio de Sanctis Garcia, que era o quarto em antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, com 18 anos, 8 meses e 17 dias de antigüidade, 11 dos quais como juiz do Tribunal de Alçada, viu-se rebaixado, após a posse como desembargador, para o 15º lugar dentre aqueles mesmos colegas que assumiram o cargo de desembargador no mesmo dia;

- o Desembargador Dagoberto Salles Cunha Camargo, que era o 13º em antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, passou para o 28º lugar, após assumir o cargo de desembargador;

- o Desembargador João Sabino Neto, que era o 10º na antigüidade em relação aos demais colegas promovidos, caiu para o 21º lugar, após assumir o cargo de desembargador;

- e o Desembargador Onnei Raphael Pinheiro Oricchio, que ocupava o 7º lugar na antigüidade em relação aos promovidos, acabou caindo para o 16º lugar, após assumir o cargo de desembargador.

É o que se verifica no documento oficial de fls. 100-1.

Então, vem a pergunta: como poderia ter acontecido tal rebaixamento na antigüidade dentro do tribunal se todos assumiram na mesma data?

E mais estranhável ainda: como poderiam ter sido colocados, em antigüidade, em posição inferior aos membros do quinto constitucional que assumiram no mesmo dia no Tribunal de Justiça, quando estes não são promovidos nem têm acesso ao Tribunal de Justiça, mas são nomeados, passando a contar antigüidade no Tribunal de Justiça a partir do exercício do cargo?

Tal situação ocorreu porque o Regimento Interno do Tribunal contém dispositivo no sentido de que havendo o exercício do cargo sido iniciado no mesmo dia, a antigüidade dentro do tribunal será regulada pela idade do desembargador.

Por força desse dispositivo, se o juiz do Tribunal de Alçada, indicado no 21º lugar pelo critério de antigüidade para a promoção, tiver mais idade do que aquele indicado em 1º lugar, automaticamente passará à frente de todos quantos houvessem sido indicados à frente dele para promoção ainda que pelo critério de antigüidade!

6. Nenhum juiz possui direito adquirido, pela antigüidade, ou líquido e certo, em qualquer outra hipótese, para ter acesso ou ser nomeado para o tribunal, porque, simplesmente, dispõe a Constituição Federal em seu art. 144, III:

'o acesso aos tribunais de segunda instância dar-se-á por antigüidade e por merecimento, alternadamente. A antigüidade 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;'

7. Contrariamente à tese dos recorrentes a Constituição Federal não fala em promoção de juiz para o tribunal. Diz textualmente, e não por simples escolha terminológica, que se trata de acesso.

8. Alegam os recorrentes às fls. 540:

'Aos juízes do quinto, que às agruras da vida do magistrado preferiram atividades

menos sofridas e quiçá mais rendosas, é conferido um excepcional privilégio, com o ingresso direto na judicatura da segunda instância.

É inteiramente destituída de sentido a pretensão de acrescentar, a este singular benefício, o de passar à frente de juízes que chegam aos tribunais ao termo de longa peregrinação pelas comarcas e varas do estado, sem outro patrimônio que não seja o das renúncias e sacrifícios com que teceram o viver cotidiano.'

9. *Ad argumentandum*, a se aceitar tal enfoque, nada impediria, em seqüência lógica ou coerente, que os oriundos do denominado quinto constitucional nunca fossem considerados mais antigos, qualificação ou classificação essa destinada exclusivamente aos oriundos da magistratura de carreira, os quais, certamente, sempre, seriam os mais antigos no tribunal, deslocando, com o simples ingresso no tribunal, àqueles que lá ingressaram anteriormente. E a antigüidade do magistrado de carreira seria na entrância anterior ao ingresso no tribunal ou em toda a sua carreira na magistratura?

10. Questionam os recorrentes, fls. 540:

'Por que se anula a antigüidade real dos juízes conquistada ao longo de anos de trabalho árduo, e no lugar dela se institui uma antigüidade imaginária gerada pela idade, que nenhuma relação guarda com os serviços efetivamente prestados pelo magistrado?

Que benefícios são colhidos da subversão que se instaura na antigüidade real, com a reordenação dos juízes pela idade?

Que objetivos são perseguidos com o rebaixamento dos mais antigos e a progressão dos mais modernos?

Que fundamentos informam a implacável sentença que pune os mais antigos e que argumentos justificam as benesses que se derramam sobre os mais modernos?

A afirmação de que a espoliação de tal ordem resulta da necessidade de encontrar uma regra de desempate baseada em elemento comum a desembargadores de carreira e do quinto, que *são desiguais pela origem, que ingressam no tribunal por vias di-*

ferentes e que, dentro da Corte, integram classes diversas, a ninguém pode conven-
cer.'

11. Poderíamos dizer que a lei, os costumes, o direito, a Constituição, não reservam o ingresso nos tribunais apenas para os juízes de carreira, senão que também para outras classes a fim de que, em composição heterodoxa, obtenha-se uma resultante da aplicação e da interpretação da lei por parte de segmentos maiores da sociedade.

12. O princípio da isonomia se aplica após o ingresso no tribunal e, não, anteriormente, pois que é lógico que, antes, não são todos iguais e, aliás, nem os próprios juízes são iguais entre si mesmos, no sentido literal da palavra, pois uns são nomeados por merecimento e outros por antigüidade.

13. Enfim, conforme dissemos, preambularmente, trata-se de velha norma do Poder Judiciário que sempre resultou em boa aplicação aos casos concretos e, acaso no presente, em face das suas peculiaridades, pelo elevado número dos nomeados de uma só vez para o tribunal *a quo*, ensejou o inconformismo dos recorrentes, nem por isso, ou embora disso, deixa ela de incidir, estreme que é de qualquer violação à lei e ao direito.

14. Somos pelo não-conhecimento do recurso extraordinário."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator):
1. Ao terminarem a longa petição de interpretação do recurso extraordinário, assim resumem os ora recorrentes os fundamentos dele (fls. 558-9):

"O v. acórdão recorrido vulnerou a Constituição Federal e negou vigência a preceito da Lei Orgânica da Magistratura, autorizando, assim, a interposição de recurso extraordinário com apoio do art. 119, nº III, letra *a*, da Carta Magna. Com efeito:

a) Determinando a perda da posição jurídica que os impetrantes haviam adquirido

na última entrância e, em consequência, o rebaixamento destes em face de juízes de carreira mais modernos e até de desembargadores nomeados pelo quinto constitucional, foi vulnerado o art. 153, § 3º, da Constituição.

b) Parificando juízes que são desiguais pela origem (uns do quinto, outros da carreira) e desiguais em tempo de serviço, foi desprezado o princípio de isonomia contido no art. 155, § 1º, da Constituição.

c) Recusando a natureza e os efeitos de promoção ao acesso dos desembargadores ao órgão especial, negou-se aplicação aos arts. 144, nº V, da Constituição e ao art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura, que o criaram.

d) Decidindo que o acesso ao órgão especial deverá ser feito na ordem de idade dos desembargadores, e não na da antigüidade adquirida na última classe, negou-se aplicação ao art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura.

e) Julgando tanto a primitiva representação do Desembargador Dínio Garcia, como o presente mandado de segurança, sem estar integrado com representantes das oito câmaras que compõem a 2ª seção civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, o órgão especial negou aplicação ao art. 99, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura.

XIII

1. O v. acórdão recorrido, julgando válido o art. 128, nº III, do Decreto-lei estadual nº 3, de 1969, contestado em face da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Magistratura, vulnerou uma e outra, dando ensejo à interposição de recurso extraordinário com fundamento no art. 119, nº III, letra c, da Carta Magna, como a seguir é demonstrado.

a) Aprovando o desempate pela idade previsto na norma incriminada e, conseqüentemente, a parificação de juízes desiguais pela origem e pelo tempo de serviço, restou violado o art. 153, § 1º, da Constituição.

b) O mesmo princípio de isonomia é também ferido com a adoção, pelo preceito censurado, de critério arbitrário através do qual a antigüidade é definida por fator estranho à matéria, de todo divorciado do fim que justifica a prioridade por tempo de serviço, e aniquilador da própria antigüidade, pois passou os mais modernos à frente dos mais antigos.

c) A norma estadual também transgrediu o art. 144, n.ºs II e III, da Constituição, posto que, invadindo a competência do legislador constituinte, acrescenta à alternativa de promoção por antigüidade e por merecimento, um terceiro critério: o da idade.

d) Os mesmos preceitos também são desobedecidos com o abandono do conceito de antigüidade real (consistente no efetivo tempo de serviço do juiz) por uma antigüidade *ficta*, fundada na idade.

e) A lei estadual também discrepa da regra de desempate prevista pelo art. 80, § 1º, nº I, da Lei Orgânica da Magistratura, que seria aplicável se não se desse, como efetivamente se deve dar, precedência ao sistema que deflui do art. 144, n.ºs II e III da Constituição, que é o do desempate pela antigüidade na derradeira entrância.”

Dessas alegações só não escapam do óbice do inciso IV, d, do art. 325 do Regimento Interno desta Corte — o qual incide, no caso, pois nele se trata de relação estatutária de serviço público civil, não se discutindo o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental — as referentes à negativa de vigência do art. 99, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (a qual acarretaria a nulidade das decisões do órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por não observar sua constituição o citado dispositivo), bem como à ofensa do art. 99, *caput*, da mesma lei (no tocante à natureza — como pretendem os ora recorrentes — de promoção por antigüidade ao aludido órgão especial). As demais não são

alcançadas pelo obstáculo regimental, ou porque dizem respeito a violações a artigos da Constituição Federal (144, V, e 153, §§ 1º e 3º), ou porque concernem ao fundamento da letra *c* do inciso III do art. 119 da Carta Magna.

Passo, portanto, a examinar as alegações a que não se aplica o óbice regimental.

2. Sustentam os ora recorrentes que o art. 128, III, do Decreto-lei estadual nº 3, de 1969, é inconstitucional porque viola o princípio da isonomia (§ 1º do art. 153 da Constituição), e ofende os incisos II e III do art. 144 da Carta Magna, “posto que, invadindo a competência do legislador constituinte, acrescenta à alternativa de promoção por antigüidade e por merecimento, um terceiro critério: o da idade” (fls. 559), além de que “os mesmos preceitos também são desobedecidos com o abandono do conceito de antigüidade real (consistente no efetivo tempo de serviço do juiz) por uma antigüidade *ficta*, fundada na idade”.

Improcedem, à evidência, ambas as alegações de inconstitucionalidade.

Quanto à primeira — a de violação do princípio da isonomia — parte ela de uma premissa equivocada: a de que, no caso, se dá tratamento igual a situações desiguais, porquanto a situação dos desembargadores que são de carreira, e, portanto, têm tempo de serviço na magistratura, é diversa da dos que são nomeados para integrarem o quinto constitucional, provindo, pois, da advocacia e do Ministério Público, o que implica dizer que não contam com tempo de serviço dessa natureza. Não há, em verdade, a pretendida desigualdade adveniente da igualdade de tratamento a situações desiguais. Com efeito, o art. 128 do Decreto-lei estadual nº 3, de 27 de agosto de 1969 — decreto-lei esse que é o Código de Organização Judiciária do Estado — se limita a estabelecer os critérios pelos quais se regula a antigüidade dos desembargadores, o que implica que ele diz respeito à antigüidade no cargo de desembargador, e não na

carreira da magistratura. Reza o citado dispositivo:

“Art. 128. Regular-se-á a antigüidade dos desembargadores:

I — pela data em que se iniciou o exercício;

II — pela nomeação se os exercícios tiverem tido início na mesma data;

III — pela idade, quando coincidirem as datas mencionadas nos incisos anteriores.”

Tanto é desembargador quem ingressa no Tribunal de Justiça pelo quinto constitucional, quanto quem a ele tem acesso, por merecimento ou por antigüidade, em virtude de ser juiz de carreira. E se todos são desembargadores, para a disciplina da antigüidade, no cargo de desembargador, é mister que se fixem critérios, inclusive o de desempate final, que diz respeito, sempre, a condição personalíssima, uma vez que os que o precedem — e que concernem à anterioridade de atos relativos ao preenchimento dos cargos (data de nomeação, data de posse, data de exercício) — não são capazes, pela simultaneidade desses atos, de estabelecer a precedência na antigüidade.

Observo que, na presente demanda, se deu muita ênfase à distinção entre desembargadores integrantes do quinto constitucional e desembargadores provenientes da carreira de juiz, por ser ela o suporte de fato sobre que se apoiava o argumento da demonstração da quebra do princípio da isonomia, o que ocorre quando se trata desigualmente situações iguais, ou quando se trata igualmente situações desiguais. Os ora recorrentes procuraram, sempre, demonstrar que a situação desses dois grupos de desembargadores seria diversa, ainda dentro do tribunal, para o efeito da composição do órgão especial, tendo em vista o disposto na parte final do art. 99, *caput*, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o qual estabelece:

“Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16 o presi-

dente, o vice-presidente do Tribunal de Justiça e o corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os desembargadores de maior antigüidade no cargo, *respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público*, e inadmitida a recusa do encargo.”

Ora, se a representação do quinto constitucional tem de ser respeitada na composição do órgão especial, quer isso dizer que, dos seus 25 membros, cinco serão ex-advogados ou ex-membros do Ministério Público. Portanto, a antigüidade, para o preenchimento dessas vagas, só se perquire entre desembargadores nomeados pelo quinto constitucional, o mesmo ocorrendo, com relação apenas aos magistrados de carreira, para o preenchimento dos outros 20 lugares. E como aqueles e estes não podem preencher vagas que não as concernentes à origem de que promanam, o critério da idade para o desempate quanto à antigüidade no cargo de desembargador não tem qualquer influência no preenchimento dos lugares, no órgão especial, destinados a uns e a outros. A antigüidade, para isso, se apura, no tocante às vagas de magistrado de carreira, entre apenas magistrados de carreira, uma vez que a elas não podem concorrer magistrados integrantes do quinto constitucional. E vice-versa.

Não há, portanto, a alegada violação do princípio constitucional da isonomia, qualquer que seja o ângulo pelo qual se examine a norma do art. 128 do decreto-lei estadual em causa.

Aliás, mesmo entre os juízes de carreira, seria incompatível com o princípio da isonomia o critério que os ora recorrentes sustentam: o da antigüidade no tribunal ou entrância imediatamente inferiores. De feito, casos de empate dessa natureza se dão — como na hipótese presente se deram — entre magistrados cujo acesso ao Tribunal de Justiça se deu por critérios constitucionais diversos: o do merecimento e o da antigüidade. De feito, adotado o raciocínio

dos ora recorrentes, ter-se-ia, nesses casos, a adoção de critério igual para tratar situações diversas. Anotou-o, argutamente, o ilustre Desembargador Young da Costa Manso, nas informações que prestou na qualidade de presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 178-80):

“Anotese que os tribunais dos estados compreendem juízes que vêm do Ministério Público e da advocacia, formando o chamado ‘quinto constitucional’; e os de carreira, que são promovidos, alternadamente, por antigüidade e por merecimento, *ex-vi* do art. 144, nº III, da Carta Magna:

‘o acesso aos tribunais de segunda instância dar-se-á por antigüidade e por merecimento, alternadamente. A antigüidade 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 juizes de qualquer entrância;’

O impetrante admite que o critério da idade é muito bom para o desempate da antigüidade, quando dois desembargadores do ‘quinto’ venham a tomar posse no mesmo dia.

Omite, porém, a hipótese de juízes de carreira que venham tomar posse no mesmo dia, um *por merecimento* e outro *por antigüidade*, máxime quando, pela ordem alterada prevista na Carta Magna (art. 144, nº III), a vaga de merecimento deva preceder à de antigüidade.

Realmente, o critério do merecimento dispensa a antigüidade; e, no acesso aos tribunais, a lista de merecimento poderá compor-se de nomes ‘escolhidos dentre os juízes de *qualquer entrância*’ (Constituição Federal, art. 144, nº III, *in fine*).

Como, pois, em caso de coincidência de datas de nomeação e de posse, haveria de

se desempatar pela antigüidade na última entrância, dando-se tratamento igual a juizes promovidos em virtude de critérios diferentes — o primeiro escolhido em lista de merecimento, *em que não se considerou a antigüidade na entrância ou na carreira*, e o segundo exclusivamente pelo critério da antigüidade?

Não seria iníquo que o juiz promovido ao tribunal, por merecimento, na primeira vaga, observado o critério constitucional da *alternatividade*, tivesse de ficar atrás do colega promovido na segunda vaga pelo critério da antigüidade, somente porque foram nomeados e tomaram posse no mesmo dia? E se, além disso, o de merecimento não fosse da última entrância?

Como desempatar-se pela antigüidade na última entrância, quando esse critério foi o motivo da promoção de um, mas foi desprezado na promoção do outro, em que se observou apenas o merecimento?

Aí, sim, caso fosse adotado o critério indicado pelo Desembargador Dínio de Sanctis Garcia, haveria tratamento igual (desempate pela antigüidade na última entrância) para hipóteses diferentes, ou desiguais (juizes de qualquer entrância promovidos tão-só pelo critério do merecimento, com desprezo da antigüidade).

5. O Desembargador Dínio de Sanctis Garcia, conforme, aliás, deixou esclarecido na inicial, foi promovido, juntamente com mais 24 juizes, ao Tribunal de Justiça. Na mesma ocasião, sendo 30 vagas a serem preenchidas, houve a nomeação de seis desembargadores pelo 'quinto constitucional' — três representantes do Ministério Público e três representantes da advocacia.

Dos 24 juizes de carreira promovidos, 12 foram indicados pelo critério do merecimento (a última vaga anterior, no tribunal, fora preenchida com base no critério da antigüidade); e 12 por antigüidade."

Por outro lado, inexistente, também, a pretendida incompatibilidade entre o referido art. 128, III, do Decreto-lei estadual nº 3

e o disposto no art. 144, II e III, da Constituição.

Pretendem os ora recorrentes que essa incompatibilidade resultaria, não só da invasão na competência do legislador constituinte, pelo acréscimo, à alternativa de promoção por antigüidade e por merecimento, de um terceiro critério — a idade — mas também de esses dispositivos constitucionais serem violados pela substituição do conceito de antigüidade real (consistente no efetivo tempo de serviço do juiz) por uma antigüidade *ficta*, fundada na idade.

Preceituam os incisos II e III do art. 144 da Constituição Federal:

"II — a promoção de juizes far-se-á de entrância a entrância, por antigüidade e por merecimento, alternadamente, observado o seguinte:

a) apurar-se-á 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;

b) no caso de antigüidade, 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 antigüidade e por merecimento, alternadamente. A antigüidade 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 juizes de qualquer entrância.”

Da simples leitura desses dispositivos decorre cristalina a conclusão de que ambos não dizem respeito à questão em causa. O inciso II se refere a promoção de juizes de primeiro grau de entrância a entrância, e o inciso III concerne ao acesso aos tribunais de segunda instância. Disciplinam eles, portanto, etapas na vida do magistrado de carreira anteriores àquela que se segue a essas promoções e a esses acessos, e que concerne à antigüidade no cargo de desembargador, ao qual não chegam os magistrados de carreira senão depois das promoções por entrâncias e do acesso a tribunais. Não há, pois, como pretender-se, até por deferência à lógica, tenha havido desobediência a esses dispositivos constitucionais “com o abandono do conceito de antigüidade real (consistente no efetivo tempo de serviço do juiz) por uma antigüidade *ficta*, fundada na idade”. Nem se percebe onde estaria a alegada invasão de competência do legislador constituinte resultante desses dois preceitos constitucionais que não são normas de delimitação de competência, e que também não foram infringidas por acréscimo de critério de promoção diverso dos critérios constitucionais de merecimento e da antigüidade, até porque a matéria disciplinada pelo decreto-lei estadual não trata de promoção de entrância a entrância, nem de acesso a tribunal.

3. Alegam, também, os ora recorrentes, ainda no terreno da alínea c do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, que:

“A lei estadual também discrepa da regra de desempate prevista pelo art. 80, § 1º, nº I, da Lei Orgânica da Magistratura, que seria aplicável se não se desse, como efetivamente se deve dar, precedência ao sistema que deflui do art. 144, II e III, da Constituição, que é o do desempate pela

antigüidade na derradeira instância” (fls. 559).

É este o teor do art. 80, § 1º, inciso I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

“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.”

Este dispositivo está inserto no capítulo Da promoção, da remoção e do acesso, e diz respeito, apenas, à promoção de entrância a entrância, tanto assim que o acesso de juizes de direito aos tribunais de Justiça vem disciplinado no art. 87, que reza:

“Art. 87. Na Justiça dos estados e do Distrito Federal e dos territórios, o acesso dos juizes 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 frequência, com aprovação, a curso ministrado por escola oficial de aperfeiçoamento de magistrados.

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

Por conseguinte, a parte final do inciso I do § 1º do art. 80 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional diz respeito, apenas, a critério de desempate em antigüidade para efeito de promoção por antigüidade entre juizes de direito, de uma entrância para outra. Como se trata somente de juizes de carreira, pois não há ingresso, na magistratura estadual de primeiro grau, que não por

via do concurso inicial para a carreira, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional pôde estabelecer esse critério para promoção por antigüidade entre juizes que têm todos antigüidade, também, na carreira, pois a ela necessariamente todos pertencem. Esse critério, porém, não foi repetido no dispositivo concernente ao acesso dos juizes aos tribunais de Justiça, até porque esse acesso, nos estados que possuam tribunais de Alçada, só será possível para os juizes que o integrem, qualquer que seja sua origem: venham eles da carreira da magistratura, ou tenham sido eles nomeados para o Tribunal de Alçada pelo quinto constitucional. É isso o que preceituam os §§ 3º e 4º do art. 100 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ao disciplinar, especificamente, a constituição dos tribunais estaduais:

“§ 3º Nos estados em que houver Tribunal de Alçada, constitui, este, para efeito de acesso ao Tribunal de Justiça, a mais alta entrância da magistratura estadual.

§ 4º Os juizes que integrem os tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondente à classe dos magistrados.”

Isso implica dizer — e nesse sentido esta Corte já se manifestou na Representação de inconstitucionalidade nº 1.006-RJ, de que foi relator o Sr. Ministro Leitão de Abreu — que os advogados e membros do Ministério Público que têm acesso, pelo quinto constitucional, aos tribunais de Alçada, passam a concorrer ao acesso para o Tribunal de Justiça, por merecimento ou por antigüidade, com os juizes de carreira, nas vagas que não as do quinto constitucional. Para esse acesso, por antigüidade, estabelece o inciso III do art. 144 da Constituição que ela se apurará na última entrância (e, portanto, no Tribunal de Alçada). E se houver empate em antigüidade entre juiz pelo quinto e juiz de carreira? Não estabelece a Constituição critério para a fixação de precedência, nem a Lei Orgânica da Magistratura Nacional repete o critério adotado apenas entre juizes de carreira. E não repete, para

não aplicar princípio discriminatório, que feriria a igualdade a que a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, visam entre juizes do quinto e juizes de carreira, para efeito de acesso ao Tribunal de Justiça, pois o critério de desempate por tempo de serviço na magistratura deixaria o juiz do quinto em inferioridade em razão da própria condição de, por ser do quinto constitucional, não poder contar tempo de serviço na carreira da magistratura ao longo das entrâncias de primeiro grau.

Se o critério de desempate para promoção por antigüidade de entrância a entrância (inciso I do § 1º do art. 80 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional) não é exigido sequer para o acesso, também por antigüidade, de juiz a Tribunal de Justiça (art. 87 da mesma lei), não se pode pretender que a não-observância dele, em matéria estranha a promoção de entrância a entrância ou a acesso a Tribunal de Justiça, afronte o primeiro dos dois dispositivos ora citados.

4. Já com apoio na letra *a* do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, entendem os ora recorrentes que o aresto recorrido, “determinando a perda da posição jurídica que os impetrantes haviam adquirido na última entrância e, em consequência, o rebaixamento destes em face de juizes de carreira mais modernos e até de desembargadores nomeados pelo quinto constitucional” (fls. 558), violou o § 3º, do art. 153, da Constituição Federal.

A alegação é de total improcedência. A invocação ao § 3º do art. 153 da Constituição se faz, no caso, sob a alegação de desrespeito a direito adquirido.

Ora, o aludido § 3º, do art. 153, da Constituição Federal, em verdade, é apenas princípio de direito intertemporal, a vedar que a lei nova prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada ocorrentes sob o império da lei anterior. A vingar a tese dos ora recorrentes de que, se decisão judicial violar direito de alguém (e, portanto, direito adquirido), in-

fringe o § 3º, do art. 153, da Constituição, toda violação de direito resultante da ocorrência de fato previsto numa lei ordinária passará a ser matéria constitucional, ensejando recurso extraordinário pela letra *a* do inciso III, do art. 119, da Constituição Federal, e tornando, praticamente, inócuas as demais letras do mesmo dispositivo.

A violação, por decisão judicial, de um direito, ou resulta da negativa de vigência da lei ordinária que lhe deu origem, ou da não-observância do dispositivo constitucional de que ele decorre diretamente. E seu ataque se faz pela alegação da lei ordinária ou da lei constitucional diretamente ofendidas, e não da violação indireta de dispositivo constitucional (o § 3º do art. 153 da Carta Magna) que estabelece princípio de direito intertemporal para o legislador ordinário e para o juiz na aplicação da lei nova.

Em se tratando, como se trata, de recurso extraordinário em que o óbice regimental só é afastado, no terreno da letra *a*, do inciso III, do art. 119, da Constituição, pela invocação de ofensa a preceito constitucional, essa ofensa terá, necessariamente, de ser direta.

5. Entendem, ainda, os ora recorrentes — com base, também, na alínea *a* do inciso III do art. 119 da Carta Magna — que o acórdão recorrido, “recusando a natureza e os efeitos de promoção ao acesso dos desembargadores ao órgão especial” (fls. 558), negou aplicação aos art. 144, V, da Constituição e ao art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura, que o criaram.

O art. 144, V, da Constituição dispõe:

“V — Nos tribunais de Justiça com número superior a 25 desembargadores será constituído órgão especial, com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros, para o exercício das atribuições, administrativas e jurisdicionais, da competência do Tribunal Pleno, bem como para a uniformização da jurisprudência no caso de divergência entre seus grupos ou seções.”

Não se percebe como um dispositivo de lei estadual que prevê critério de desempate para efeito de antigüidade no cargo de desembargador possa negar aplicação ao dispositivo acima que não trata dessa matéria, nem tem sua aplicação perturbada ou impedida por tal critério.

Esse texto constitucional apenas determina a constituição do órgão especial quando, no Tribunal de Justiça, houver mais de 25 desembargadores, e estabelece sua competência; não declara, porém, se se terá ingresso nele por acesso ou por promoção, e se por merecimento ou se por antigüidade, ou se por ambos os critérios. Ademais, e tendo em vista que a Constituição Federal, em seu art. 144, é minudente no tocante aos casos de promoção e de acesso, bem como no concernente aos critérios para a promoção ou para o acesso, a simples omissão dela, a esse propósito, no que diz respeito ao órgão especial já está a demonstrar que este é apenas mais um dos órgãos do Tribunal de Justiça, não se constituindo, portanto, no degrau mais alto da carreira. O inciso V do art. 144 da Constituição Federal pretendeu viabilizar o funcionamento de tribunais de Justiça com elevado número de desembargadores, e não criar categorias diversas, pela hierarquia, de desembargadores. Se ele visasse também a isto, teria, sem dúvida, aludido a promoção ou a acesso, estabelecendo os critérios para uma ou para outra, até porque não teria sentido que se preocupasse em regular esses aspectos com relação a todos os graus da carreira da magistratura estadual, que não o mais importante, porque o ápice dos demais, o qual teria sua disciplina deixada ao critério de lei complementar, como é a lei orgânica da magistratura nacional.

Portanto, nem sequer a lei orgânica poderia atribuir ao órgão especial a natureza de degrau — último — de carreira, sob pena de violar o citado art. 144, V, da Constituição, dando-lhe sentido que ele não tem. E — note-se — que também ela não lhe deu

tal natureza, limitando-se, mesmo no *caput* de seu art. 99, a fixar critérios de sua *composição*, e não de promoção ou de acesso. Com efeito, preceitua esse dispositivo:

“Art. 99. Compõem o órgão especial a que se refere o parágrafo único do art. 16, o presidente, o vice-presidente do Tribunal de Justiça e o corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os desembargadores de maior antigüidade no cargo, respeitada a representação e advogados e membros do Ministério Público, e inadmitida a recusa do encargo.”

A frase final “e inadmitida a recusa do encargo” seria difícil de conciliar-se com a tese dos ora recorrentes de que o que o próprio dispositivo denomina de *encargo* seja promoção ou acesso ao ápice da magistratura, transformando um desembargador de “segunda categoria” em desembargador de “primeira categoria”. Deixo, porém, de aprofundar essa matéria, à luz do *caput* desse art. 99, porque a alegação de sua infringência — baseada na letra *a* do inciso III do art. 119 da Carta Magna — não vence o óbice regimental aludido no início deste voto.

6. Em face do exposto, e adstrito — como não poderia deixar de ser — aos termos e às restrições do presente recurso extraordinário, dele não conheço.

VOTO

O Sr. Ministro Aldir Passarinho (Relator): Sr. Presidente, estou inteiramente de acordo com V. Exa. porque, de fato, pelo art. 144, inciso V, da Constituição, não há qualquer proibição quanto ao critério adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Soares Muñoz: Sr. Presidente, embora o voto do eminente Ministro Moreira Alves tenha sido completo, interes-

sei-me muito por este caso, dada a minha situação de antigo juiz de carreira, e li, até com prazer, o magnífico memorial apresentado pelos recorrentes. Sob o ponto de vista formal, é um trabalho excelente, mas, *data venia*, não me convenceu.

Segundo o recurso extraordinário, da Constituição da República teriam sido ofendidos os arts. 153, § 1º, que trata do princípio da isonomia, e 144, II e III, que versam sobre promoção de magistrado. Ora, de promoção não trata o art. 90 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que dá os elementos para a constituição do órgão especial; esses dispositivos estão afastados. Como frisou o eminente relator, não se trata nem de nomeação por acesso, mas, simplesmente, de encargo que a lei confere aos desembargadores mais antigos de integrarem o órgão matriz do tribunal. Assim, não havendo, no caso, matéria constitucional, o recurso não vence os óbices regimentais decorrentes da relação estatutária não fundamental (art. 325, IV, *d*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 99.392-4-SP — Rel.: Ministro Moreira Alves. Rectes.: Dínio de Sanctis Garcia e outros (adv.: Darcílio Araújo de Castro Rangel). Recdo.: Conselho Superior da Magistratura e Francisco Thomaz de Carvalho Filho (adv.: Mauro Lacerda de Ávila).

Decisão: não se conheceu do recurso, unanimemente. Plenário 26.10.83.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Soares Muñoz, Decio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho e Francisco Rezek. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, Presidente.

Procurador-Geral da República, Substituto, o Dr. Mauro Leite Soares.