MAGISTRADO — TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU — PROVIMENTO DE VAGA

— A aplicabilidade das normas e princípios inscritos no art. 93 da Constituição Federal independe da promulgação do Estatuto da Magistratura, em face do caráter de plena e integral eficácia de que se revestem aqueles preceitos.

— A inoponibilidade de situações jurídicas consolidadas a quanto prescrevem normas constitucionais supervenientes deriva da supremacia, formal e material, de que se revestem os preceitos de uma Constituição.

— Sendo assim, revela-se ininvocável, em face do que preceitua o art. 93, nº III, da Carta Política, a regra, meramente transitória —

e de eficácia e aplicabilidade já exauridas —, inscrita no art. 142 da LOMAN (Lei Complementar nº 35/79).

— O provimento dos cargos judiciários nos tribunais de segundo grau, em vagas reservadas à magistratura de carreira, insere-se na competência institucional do próprio Tribunal de Justiça, constituindo específica projeção concretizadora do postulado do autogoverno do Poder Judiciário.

Não ofende a Constituição, em conseqüência, o ato regimental que, subordinando o exercício dessa competência à deliberação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, vincula o presidente dessa Corte Judiciária na promoção do juiz mais votado dentre os que constarem da lista tríplice.

— É inconstitucional a cláusula constante de ato regimental, editado por Tribunal de Justiça, que estabelece, como elemento de desempate nas promoções por merecimento, o fator de ordem temporal — a antiguidade na entrância —, desestruturando, desse modo, a dualidade de critérios para acesso aos tribunais de segundo grau, consagrada no art. 93 da Lei Fundamental da República.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente, em parte, a ação, declarando a inconstitucionalidade das expressões "e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo na entrância", contidas no § 4º da Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 189
Requerente: Procurador-Geral da República
Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Relator: Sr. Ministro CELSO DE MELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente, em parte, a ação, declarando a inconstitucionalidade das expressões "e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo na entrância" contidas no § 4º do art. 4º da Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Brasília, 9 de outubro de 1991. *Sydney Sanches,* Presidente. *Celso de Mello,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República,

mediante provocação de magistrados do Estado do Rio de Janeiro, tendo por objeto a Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça local, que estabeleceu procedimento para as promoções de juízes togados em geral, nos seguintes termos:

"(...)

Resolve:

Art. 1º A apreciação, pelo Órgão Especial, das promoções dos juízes togados em geral, obedecerá ao procedimento estabelecido nesta resolução.

Art. 2º A abertura de inscrição para o concurso de promoção, por edital, respeitada a alternatividade dos critérios de antigüidade e merecimento, será feita pela ordem cronológica da vaga que resultar de prévia remoção deferida.

Art. 3º A antigüidade será a constante da respectiva lista, devendo a indicação recair no juiz mais antigo, salvo recusa, por votação secreta.

§ 1º Só poderá ser declarada a recusa pelo voto de dois terços dos membros do Órgão Especial, repetindo-se o processo até fixar-se a indicação.

§ 2º Ocorrendo desistência, aposentadoria ou morte após o encerramento da inscrição, e não a tendo feito o juiz que se seguir ao mais antigo inscrito, abrir-se-á novo prazo por edital.

Art. 4º Na promoção por merecimento, verificados previamente os pressupostos do interstício na entrância e integrar o candidato a primeira quinta parte da respectiva lista de antigüidade, na data da vaga, salvo se não houver, com tais requisitos, quem aceite o lugar vago, far-se-á a aferição dos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição, em vista das informações fornecidas pelo Corregedor-Geral da Justiça (CODJ art. 44, XVIII) e dados estatísticos da produtividade publicados na imprensa oficial.

§ 1º Serão considerados, também na aquisição do merecimento, a conduta do juiz em sua vida pública e privada, a freqüência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento oficiais ou reconhecidos e o número de vezes que já tenha figurado em lista.

§ 2º Lida a relação dos juízes sem requisitos para concorrer, ouvidas as informações do Corregedor-Geral da Justiça e prestados esclarecimentos sobre conteúdo de certidões oferecidas ou de assentos funcionais, proceder-se-á à votação para elaboração da lista de três nomes mais votados, dentre os que obtiverem maioria de votos, realizados quantos escrutínios sejam necessários.

§ 3º Será promovido o juiz que figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas na lista tríplice de merecimento.

§ 4º Compete ao Presidente do Tribunal, no prazo de 48 horas, expedir o ato de promoção do mais votado, ressalvado o disposto no § 3º e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo na entrância.

Art. 5º No concurso de promoção para os Tribunais de Alçada poderão inscrever-se os juízes de entrância especial, efetivando-se o provimento na vaga remanescente, se houver remoção ou permuta de membros daqueles tribunais.

Art. 6º No concurso de promoção de juízes de carreira para o Tribunal de Justiça somente paderão inscrever-se os juízes de Tribunais de Alçada.

Art. 7º Na fixação da primeira quinta parte da lista de antigüidade, considerar-se-á o número total de cargos da entrância.

Art. 8º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

(...)"

Apreciando o pedido de medida cautelar formulado para suspensão liminar da eficácia da resolução impugnada, o plenário desta Corte decidiu indeferi-lo, em julgamento assim ementado:

"A norma inscrita no art. 93, da Constituição Federal estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios e regras que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem critérios objetivos referentes ao

ingresso na Magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária, até a aposentadoria.

A natureza estritamente objetiva dessas regras traduz-se na sua eficácia plena e em sua aplicabilidade imediata, e parece tornar dispensável qualquer integração normativa que pudesse vir a consubstanciar-se, instrumentalmente, no Estatuto da Magistratura.

As normas inscritas no art. 93 da Constituição da República muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo legislador, do que regras dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa.

A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura.

A ausência de hostilidade a quanto preceitua, de forma genérica, o dispositivo constitucional invocado como parâmetro de confronto, ainda que resulte aparente, desautoriza — inobstante o relevo jurídico do tema — a suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado."

Requisitadas as informações, prestou-se o ilustre Desembargador Pedro Américo Rios Gonçalves, então Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no sentido de que, *verbis*:

"...o órgão especial entendeu que a Constituição Federal em vigor estabeleceu critérios aplicáveis desde logo e que, a seu turno, afastavam os impostos pela LOMAN.

Assim é que, *verbi gratia*, nas promoções por antigüidade, ao invés da recusa do juiz mais antigo ser possível 'pelo voto da maioria absoluta de seus membros' (LOMAN, art. 80, § 1º, inciso III), passou-se a exigir que o fosse pelo voto de dois terços (CF, art. 93, II, *d* c/c art. 3º da Resolução nº 3/89).

Nas de merecimento, só poderão ser promovidos os magistrados que integrem a primeira quinta parte da lista de antigüidade (CF, art. 93, II, *b*, c/c art. 4º da Resolução nº 3/89), exigência que inexistia nas normas então vigentes."

Após a audiência do ilustre Advogado-Geral da União, propugnando pela improcedência da ação, por considerar auto-aplicáveis as normas constantes do art. 93, II, *a* e *b*, da Constituição Federal, manifestou-se o Ministério Público Federal em parecer da lavra do Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, com o teor seguinte:

"(...)

A Resolução nº 3, de 1989, foi lançada para disciplinar a promoção e o acesso no âmbito da magistratura estadual, em face da nova Constituição Federal, reproduzindo, dentre outras, a norma que exige, para a promoção por merecimento, dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade, bem como a que prevê a recusa do juiz mais antigo, nas promoções por antigüidade, pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal, contidas no inciso II do art. 93, *in verbis*:

'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.'

Essas regras atinentes à promoção dos magistrados são completas no que determinam, não carecendo de integração normativa, para sua ampla eficácia. Constituem isto sim, mandamentos a serem observados pelo legislador, aplicáveis, desde logo, à magistratura de carreira, como observou o eminente Ministro Relator, no voto que proferiu no pedido de medida liminar:

'A norma em questão estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem critérios objetivos referentes ao ingresso na Magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária, até a aposentadoria. A natureza estritamente objetiva dessas regras traduz-se na sua eficácia plena e em sua aplicabilidade imediata, e parece tornar dispensável — mediante adequada *interpositio legislatoris* — qualquer integração normativa que pudesse vir a consubstanciar-se, instrumentalmente, no Estatuto da Magistratura. Tais regras muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo legislador, do que normas dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa.'

A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, em princípio, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura.

Esse entendimento foi proclamado pela Corte no julgamento do HC nº 67.480-RS, relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, que asseverou, *verbis*:

'O mesmo sucede com o art. 93, onde se arrolam princípios a serem observados em lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal (Estatuto da Magistratura), sendo porém, desde logo, imperativa a obediência de tais regras, cuja eficácia não fica a depender da votação de lei complementar.'

Não é razoável, por igual, a invocação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que torna intangível o direito adquirido. Inexiste, com efeito, direito adquirido contra a Constituição, como têm acentuado a doutrina e a jurisprudência.

Em face do exposto, o parecer é no sentido da improcedência da ação."

Este, o relatório, do qual deverão ser distribuídas cópias aos Srs. Ministros, nos termos do art. 172 do Regimento Interno desta Corte.

Brasília, 20 de agosto de 1991. *Celso de Mello.*

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A inconstitucionalidade atribuída a Resolução nº 3/89 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelos magistrados locais — e encampada pelo ilustre Procurador-Geral da República ao ajuizar a presente ação — decorreria de alegada ofensa ao art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Consideram os solicitantes que, ao estabelecer, mediante resolução, a disciplina a ser observada para a promoção de juízes togados em geral, o Tribunal de Justiça "desconsiderou a vigência, por ausência de incompatibilidade, da LOMAN e avançou, de forma írrita, arbitrária e inconstitucional, em atribuição privativa do Supremo Tribunal Federal e competência do Congresso Nacional".

A norma constitucional em questão estabelece que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os princípios que enumera. Esses princípios, em sua maioria, estabelecem critérios objetivos referentes ao ingresso na Magistratura e ao desenrolar da carreira judiciária, até a aposentadoria. A natureza estritamente objetiva dessas regras traduz-se na sua eficácia plena e em sua aplicabilidade imed.ata, e torna dispensável — mediante adequada *interpositio legislatoris* — qualquer integração normativa. Tais regras muito mais traduzem diretrizes, de observância compulsória pelo Congresso Nacional, quando da elaboração do Estatuto da Magistratura, do que normas

dependentes, para sua efetiva aplicação, de ulterior providência legislativa.

A eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, portanto, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura. Constituem, na realidade, pressupostos condicionadores da própria ação normativa do Congresso Nacional, que não poderá prescindir, na concretização do comando constitucional referido, dos princípios que nele se acham proclamados.

Esse entendimento foi proclamado pela Corte no julgamento do HC nº 67.480-RS, relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, que asseverou, *verbis*:

"O mesmo sucede com o art. 93, onde se arrolam princípios a serem observados em lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal (Estatuto da Magistratura), sendo porém, desde logo, imperativa a obediência de tais regras, cuja eficácia não fica a depender da votação de lei complementar."

A disciplina de promoções judiciárias contemplada na Resolução nº 3/89, reproduz, em essência, as normas e os princípios enumerados no art. 93, e respectivos incisos, da Constituição, observando, com estrita fidelidade, as garantias de carreira e as limitações contempladas nesse preceito constitucional. O mero cotejo das disposições regimentais impugnadas com os preceitos inscritos no art. 93 da Lei Fundamental denota a relação de compatibilidade vertical entre eles existente.

A resolução questionada estabelece, em seu art. 1º, uma regra de competência, deferindo ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça a atribuição de apreciar as promoções dos juízes togados em geral. Esta competência é haurida diretamente do Texto Constitucional, cujo art. 93, XI, dispõe que, nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores — como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro —, poderá ser constituído órgão especial para o exercício, dentre outras, das atribuições administrativas da competência do tribunal pleno.

O ato ora impugnado respeita, em seu art. 2º, os critérios alternativos de antigüidade e de merecimento, para efeito de progressão vertical na carreira judiciária, estabelecidos pelo art. 93, inciso II, alínea *d*, da Constituição.

O art. 3º, por sua vez, ao consagrar o direito público subjetivo do magistrado mais antigo à promoção pelo critério de antigüidade, contempla a possibilidade excepcional de sua recusa pelo voto de 2/3 (dois terços) dos membros do Órgão Especial do TJ, reproduzindo, nesse ponto, a regra que se contém no art. 93, II, alínea *d*, da Constituição.

O art. 4º da resolução questionada, ao cuidar da promoção por merecimento, estabelece que o Tribunal de Justiça deverá observar as seguintes regras: (I) o interstício mínimo de exercício do magistrado na entrância (CF, art. 93, II, *b*); (II) a participação do juiz na primeira quinta parte da lista geral de antigüidade (CF, art. 93, II, *b*); (III) a aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição, pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, e pelo número de vezes que já tenha figurado em lista (CF, art. 93, II, *c*); (IV) a compulsoriedade da promoção do magistrado que figurar por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, em lista de merecimento (CF, art. 93, II, *a*).

O art. 5º subseqüente, ao prescrever que, no concurso de promoção para os Tribunais de Alçada, poderão inscrever-se os juízes de entrância especial — que constitui a mais elevada entrância no plano da organização judiciária local —, prestou obséquio à norma do art. 93, III, da Constituição que preceitua que o acesso aos tribunais de 2º grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância.

O conteúdo normativo do art. 6º da resolução em causa reflete a exigência constitucional inscrita no art. 93, III, segunda par-

te, da Carta Política, de que a promoção para o Tribunal de Justiça terá por destinatários os juízes integrantes dos Tribunais de Alçada do Estado, naquelas unidades da Federação onde existam — como no Estado do Rio de Janeiro — esses tribunais inferiores de 2ª Instância.

O art. 7º, por sua vez, explicitou, para efeito de promoção por merecimento — e em atenção ao que dispõe o art. 93, II, *b*, da Constituição — que se considerará, na fixação da primeira quinta parte da lista de antigüidade, "o número total de cargos da entrância".

Finalmente, o art. 8º da resolução ora impugnada limita-se a estabelecer cláusulas de vigência e de revogação.

Disso decorre, Sr. Presidente, que essa ausência de hostilidade a quanto preceitua, de forma genérica, o dispositivo constitucional invocado como parâmetro de confronto, afasta, sob tal fundamento, o reconhecimento da situação de incompatibilidade hierárquico-normativa, apta a legitimar, se existente, a proclamação de inconstitucionalidade do ato impugnado.

Registre-se, neste ponto, que a Procuradoria Geral da República, em douto pronunciamento, também não vislumbrou qualquer eiva de inconstitucionalidade na resolução ora questionada.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo eminente chefe do Ministério Público da União, ao analisar o tema sob o fundamento em que suscitado, observou (fls. 66-7):

"(...)

A Resolução nº 3, de 1989, foi lançada para disciplinar a promoção e o acesso no âmbito da magistratura estadual, em face da nova Constituição Federal, reproduzindo, dentre outras, a norma que exige, para a promoção por merecimento, dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade, bem como a que prevê a recusa do juiz mais antigo, nas promoções por antigüidade, pelo voto de dois terços dos membros do Tribunal, contidas no inciso II do art. 93.

(...)

Essas regras atinentes à promoção dos magistrados são completas no que determinam, não carecendo de integração normativa, para sua ampla eficácia. Constituem, isto sim, mandamentos a serem observados pelo legislador, aplicáveis, desde logo, à magistratura de carreira, como observou o eminente ministro relator, no voto que proferiu no pedido de medida liminar."

A impugnação inicialmente deduzida fundamenta-se, ainda, na invocação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, que proclama a intangibilidade do direito adquirido.

Sustenta-se que o ato ora impugnado, ao prescrever que "No concurso de promoção de juízes de carreira para o Tribunal de Justiça somente poderão inscrever-se os juízes de Tribunais de Alçada" (art. 6º), teria infringido a regra consubstanciada no art. 142 da LOMAN, que, em disposição de caráter meramente transitório, estabeleceu que "No Estado do Rio de Janeiro a aplicação do disposto no § 3º do art. 100 não poderá afetar a antigüidade que tiverem, na data da entrada em vigor desta lei, os juízes que atualmente compõem a entrância especial, entre os quais se incluem os juízes que integram os Tribunais de Alçada". É de registrar, neste ponto, que a norma da resolução ora impugnada meramente reproduziu, em seus *essentialia*, a regra prescrita pelo art. 93, III, da Constituição, que dispõe que "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...".

Esta objeção não se reveste de qualquer consistência jurídica; a inexistência de direito adquirido contra a Constituição é, hoje, assente em nossa jurisprudência, que ressalta, a inoponibilidade de situações jurídicas definitivamente consolidadas em face de norma constitucional superveniente, pois

'... Mesmo nas constituições que vedam ao legislador ordinário a edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte (*RTJ* 68/13). No mesmo sentido: *RDA* 24/57 — 54/215 — 90/248 — 108/107. Não foi outro o entendimento do *Parquet* federal (fl. 68).

Inobstante resultem rejeitados, desse modo, os fundamentos de inconstitucionalidade expressamente deduzidos nesta ação direta, disso não decorre, necessariamente, a improcedência da ação. É preciso ter presente que o Supremo Tribunal Federal não está condicionado, no desempenho de sua atividade jurisdicional, às razões de ordem jurídica invocadas como suporte da pretensão deduzida pelo autor.

Isso, porque o processo de ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de garantia de defesa da Constituição e de tutela de sua superioridade normativa. A jurisdição constitucional de controle atua, por isso mesmo, de forma desvinculada dos fundamentos jurídicos deduzidos pelo autor, atendendo apenas à exigência de preservação da intangibilidade da ordem jurídico-normativa consubstanciada na Lei Fundamental (Piero Calamandrei, *La illegitimità costituzionale delle leggi*, 1950, Padova, CEDAM; Mauro Capelletti, *El Control Judicial de la constitucionalidad de las leyes in el derecho comparado*, 1966, U.N.A., México; Nelson Saldanha, *Formação da Teoria Constitucional*, 1983, Forense).

Daí a advertência de Gilmar Ferreira Mendes (*Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*, p. 268, 1990, Saraiva), ao tratar da amplitude do controle normativo abstrato, no sentido de que "a Corte não está vinculada à eventual fundamentação do pedido de inconstitucionalidade".

A partir disso, impende destacar questão outra, não suscitada pelo autor, na inicial, inobstante o caráter integral da impugnação por ele deduzida.

Refiro-me ao tema relativo à competência para proceder às promoções, nos tribunais de justiça, de magistrados de carreira ao cargo de desembargador, e, ainda, à questão da discricionariedade conferida à autoridade competente para, em face de lista tríplice organizada pelo Tribunal, escolher o juiz a ser promovido ao cargo mais elevado da organização judiciária local.

A questão pertinente à definição da autoridade competente para promover juiz de carreira ao cargo de desembargador constitui objeto da ADIn nº 314, Relator Ministro Carlos Velloso, ainda pendente de julgamento.

Inobstante tenha-me posicionado, naquele julgamento, no sentido de reconhecer essa competência ao Tribunal de Justiça, e não ao governador do estado — entendimento que se harmoniza com o conteúdo da Resolução nº 3/89, ora impugnada —, não posso desconsiderar que ainda não há decisão definitiva no tema, o que impõe que a discussão se coloque também neste processo.

A questão da competência para prover, mediante promoção dos magistrados de carreira, os cargos de desembargador, há de ser resolvida em face do art. 125 da Constituição Federal, que prescreve que "Os estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

Penso que o regramento constitucional instituído pelo legislador constituinte local, que venha a dispor sobre a organização do Poder Judiciário do estado-membro, sofre, apenas, os condicionamentos a ele impostos pelo dever de observância dos princípios inscritos na Constituição Federal.

"A Constituição assegura aos Tribunais" — observa José Afonso da Silva (*op. cit.*, p. 496) — "Como formas de garantias institucionais (...): a garantia de autonomia orgânico-administrativa, que compreende a sua independência na estruturação e funcionamento de seus órgãos; e a garantia de autonomia financeira, como independência na elaboração e execução de seus orçamentos".

Dentre as prerrogativas institucionais que assistem aos tribunais judiciários, encontra-se, como expressivo fator de acentuação da posição de independência que deve ostentar o Judiciário no esquema constitucional das relações entre os poderes do Estado, a competência de índole administrativa, fundada na exigência do *self-government*, que confere aos Tribunais de Justiça estaduais, em particular, o direito de efetuarem, por ato próprio, o provimento dos cargos de juiz de carreira (CF, art. 96, I, *c*).

Esse dispositivo constitucional, consoante adverte Alcides de Mendonça Lima (*O Poder Judiciário e a Nova Constituição*, p. 23, 1989, Aide Editora), "... é novidade de realce, (...) chamado sistema de cooptação, excluindo a interferência do Poder Executivo no ato da nomeação desses membros da magistratura (...). O Poder Judiciário passou a auto-organizar-se, com a necessária independência, no mesmo nível dos demais, como sempre esses o foram. Somente na composição dos tribunais federais, é que há integrantes nomeados pelo Presidente da República (arts. 101, parágrafo único; 104, parágrafo único; 107; 111, § 1º; 119, II; e 123).

O novo perfil constitucional do federalismo, muito embora obsequioso para com o postulado fundamental da autonomia dos estados-membros, não autoriza, contudo, que as unidades federadas se afastem, no ponto, do modelo federal, que privilegiou, de modo essencial, no plano da organização judiciária local, o princípio do autogoverno da Magistratura. Este postulado, não obstante a nova dimensão que assumiu a Federação no Brasil, revitalizada pela expansão de poderes e das pessoas estatais regionais e locais, impõe-se, co-gentemente, à estrita observância dos estados-membros, cujo ordenamento jurídico não poderá desconhecer — presente esta nova realidade — a competência do Tribunal de Justiça para prover, *pro domo sua* e por ato administrativo próprio, os cargos de desembargador reservados aos magistrados de carreira.

É verdade que o constituinte federal, em regramento especificamente destinado à Justiça da União, subtraiu aos tribunais federais, em função de consciente opção por ele próprio formulada, o poder de provimento, por autônoma deliberação administrativa, dos cargos judiciários que lhes compõem a estrutura organizacional. Prevaleceu, assim, no plano da organização judiciária federal, no que concerne aos Tribunais da União — e somente a estes —, o critério de investidura pelo Poder Executivo, dependente da prévia autorização senatorial (STF, art. 101; STJ, art. 104; TST, art. 111, § 1º; STM, art. 123), sistema que só não se aplica às hipóteses de provimento dos cargos judiciários nos tribunais eleitorais — onde prevalecem, de um lado, o sistema de cooptação (CF, arts. 119, I, *a* e *b*, e 120, § 1º, I, *a* e *b*, e II) e, de outro, o sistema de nomeação pelo Executivo por proposta do Judiciário (arts. 119, II e 120, § 1º, III) — e, ainda, nos Tribunais Regionais Federais e do Trabalho, onde se dá a nomeação pelo Poder Executivo da União mediante proposta de órgão judiciário ou, nos casos do quinto constitucional e de representação classista, mediante indicação de órgão corporativo não judiciário (CF, arts. 107 e 115).

Contudo, não se pode tomar esse modelo constitucional de organização judiciária, peculiar à composição dos tribunais da União, como paradigma a ser observado de modo inflexível pelos estados-membros. O apego à simetria, neste campo, sobre significar um retrocesso na autonomia político-administrativa expressivamente ampliada e conquistada pelo Poder Judiciário local, não se mostra autorizado pela Lei Fundamental que, sempre no intuito de acentuar o princípio do autogoverno da Magistratura, conferiu, em explícita regra de competência, poder ao Tribunal de Justiça para efetuar, *ex propria auctoritate*, o provimento dos cargos de juiz de carreira.

A exigência de subordinação normativa dos estados-membros ao modelo federal pertinente à organização do Poder Judiciário da União traduz inaceitável descaracterização do sistema jurídico-constitucional que delineou

em seus aspectos fundamentais, o novo regime da Federação consagrado pela Constituição da República.

Com o perfil renovado e restaurado do federalismo, que emerge do novo texto da Constituição republicana de 1988, não há mais como legitimar, agora — ressalvadas as exceções que dela expressamente constam —, o entendimento de que é de compulsória observância, pelos estados-membros, no processo de investidura de seus desembargadores nos cargos reservados à magistratura de carreira, o "modelo federal", peculiar, tão-somente, à composição dos tribunais judiciários da União.

Tenho para mim que a competência político-administrativa dos Tribunais de Justiça, que deriva da regra inscrita no art. 96, I, *c*, da Carta política, alcança as hipóteses do provimento dos cargos de desembargador reservados aos magistrados de carreira. Outro não parece ser o entendimento de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelllegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (*Teoria Geral do Processo*, p. 170, item nº 109, 8. ed., 1991, RT), que identificam, como o cargo mais elevado da carreira judiciária local, o de desembargador, por isso que assinalam, no plano da organização do Poder Judiciário estadual (tendo por modelo a Justiça paulista) que a Magistratura "... é composta dos seguintes cargos: (...) juiz substituto, juiz de direito de primeira entrância, juiz de direito de segunda entrância, juiz de direito de terceira entrância, juiz de direito de entrância especial, juiz de Tribunal de Alçada e desembargador. (...) O juiz substituto efetivo, uma vez vitaliciado (o neologismo já está consagrado, inclusive em lei), está habilitado a galgar os cargos gradativamente mais elevados da carreira (Cod. Jud., art. 149). As promoções, nos termos do art. 93, incisos II e III, da Constituição, far-se-ão de entrância a entrância, da entrância mais elevada aos tribunais de Alçada e destes ao Tribunal de Justiça (Cód. Jud., arts. 101-105), observados alternativamente os critérios de antigüidade e do merecimento (...)".

Constituindo, assim, o cargo de desembargador o último degrau da carreira judiciária local, e tendo presente a competência outorgada ao Tribunal de Justiça para "prover (...) os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição" (CF, art. 96, I, *c*), penso assistir-lhe, com exclusividade, a prerrogativa de promover os magistrados inferiores, por ato próprio, ao cargo de membro integrante do órgão de cúpula do Poder Judiciário estadual.

Trata-se de inovadora regra de competência, cuja finalidade última consiste, fundamentalmente, em dar concreção ao princípio da autonomia político-administrativa consagrado pela nova Constituição, em favor do Poder Judiciário (art. 99 c/c art. 96), e de cuja incidência, por mais amplos que agora se revelem os poderes dos estados-membros, não podem estes afastar-se, ainda que no exercício da suprema prerrogativa política de institucionalizarem a sua própria ordem constitucional.

Com estas considerações, reconheço legitimidade constitucional à Resolução nº 3/89, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no que tange à competência da Corte estadual para promover, ao cargo de desembargador, mediante ato de seu presidente, os magistrados de carreira.

Devo observar, no entanto, que, a prevalecer a tese oposta, que sustenta a competência do Chefe do Poder Executivo estadual para a prática do ato de promoção referido, colocar-se-á grave questão, de índole jurídico-constitucional, a partir do que dispõe o § 4º do art. 4º da resolução ora impugnada.

Com efeito, a norma em questão vincula a autoridade competente para o provimento do cargo de desembargador, ordenando-lhe que expeça "o ato de promoção do mais votado...".

O tema sugerido pela regra regimental pode não encontrar maior dificuldade no plano das relações intra-orgânicas, vale dizer, no âmbito restrito do próprio Poder Judiciário, havendo, mesmo, autores que dictomizam as atribuições inerentes ao procedimento para acesso de magistrados partilhando-as entre o

Pleno do Tribunal — que efetua a escolha — e a sua presidência — que pratica o respectivo ato administrativo de promoção (Alcides de Mendonça Lima. *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*, p. 29, item 8.3, 1989, Aide).

O eminente Ministro Octávio Gallotti, relator, ao analisar, no julgamento da ação originária (art. 102, I, *n*, da Constituição Federal — Mandado de Segurança nº 700-Santa Catarina), esse tema, deixou consignado, sobre ele, irrepreensível magistério, que acolho, *verbis*:

"Como se vê, a competência, para o provimento, foi conferida ao Tribunal. Na primeira fase do ato, que é complexo, ou seja, na oportunidade da elaboração da lista de merecimento, é ela (a competência), sem dúvida, discricionária e colegialmente exercida pela Corte, segundo os critérios determinados na letra *c* do item I do art. 93 da Constituição Federal (presteza, segurança, cursos).

A segunda fase (expedição do ato), compete naturalmente ao Presidente, tal como, não deixou, aliás, de reconhecer o Ato Regimental nº 89, do Tribunal de Santa Catarina (art. 1º).

Tudo o que se discute portanto, em suma, consiste em saber se poderia haver o tribunal condicionado — como de fato condicionou — o exercício dessa competência do presidente, à sucessiva observância da ordem de votação e de um critério de desempate, na hipótese de igualdade entre os mais votados.

Penso que se impõe a resposta afirmativa (...)

(...)

Sob o aspecto material, ou substantivo, não vejo igualmente como reputar inconstitucional o Ato Regimental catarinense.

Parece intuitivo que a essência de discricionariedade da escolha, inerente à apuração do merecimento (e subordinada apenas às diretrizes do art. 93, II, *c*, da Constituição) esgota-se na fase coletiva do procedimento.

Compreensível é também que, ao presidente, após participar daquela aferição, como membro do Tribunal, reste executar a decisão do plenário, designando o mais votado (cujo merecimento, mais amplamente reconhecido, é lícito qualificar).

(...)

Também não pode ser absoluta, como quer a contestação, a assemelhação entre a liberdade de escolha do governador, perante a lista, no regime constitucional anterior, e a competência que ora recai sobre o magistrado Presidente da Corte. Este, a despeito da condição de Chefe do Poder Judiciário estadual, é órgão do tribunal, adstrito às suas deliberações e titular de uma atribuição administrativa que pode ser regimentalmente limitada pelo plenário (CF, art. 96, I, *a*), o que, obviamente, não sucedia em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Não se esvazia, só por isso, a permanência, no novo sistema, do trâmite da organização de lista, ao invés de se haver determinado a escolha unificada, pelos membros do Tribunal. A tríplice indicação obedece a, pelo menos, dois propósitos práticos indisfarçáveis: o de ampliar a base do recrutamento, dando três votos a cada desembargador; e, sobretudo, o de permitir a escolha obrigatória do juiz que, por três vezes, já tenha figurado na lista, como quer a Constituição (art. 93, II, *a*)."

O mesmo não se poderia afirmar, no entanto, acaso reconhecida, *ad argumentandum tantum*, a competência do governador do estado, eis que, nas relações entre os Poderes Judiciário e Executivo, torna-se incogitável admitir, para efeito de promoção por merecimento de juízes, ressalvada a hipótese do art. 93, II, *a*, da Constituição, qualquer tipo de vinculação jurídico-administrativa.

Isto, porque o critério de merecimento, consagrado pela norma constitucional, suporia o exercício, pela autoridade executiva competente, destinatária da lista múltipla que lhe haja sido encaminhada, de poder discricionário, cuja extensão enseja ao agente investido da atribuição para prover o cargo

um espaço — ainda que limitado — de liberdade decisória.

A previsão constitucional de lista de merecimento (art. 93, II, *a, in fine*), conseqüentemente, imporia que se reconhecesse à autoridade executiva competente — até mesmo em obséquio ao princípio fundamental da separação de poderes — a prerrogativa de escolher, livremente, mesmo que dentro das limitações de ordem subjetiva que derivam do próprio conteúdo definido pela lista em questão.

A norma inscrita no art. 93, II, da Carta Política, assim, não legitimaria qualquer ato estatal, provido de inferior positividade jurídica, que, suprimindo à autoridade executiva competente a esfera de liberdade administrativa, implicitamente emergente da regra constitucional, tornasse vinculante o provimento administrativo que lhe incumbe efetuar.

A supressão da discricionariedade, gerada pelo Ato Regimental, importaria, no plano das relações institucionais entre os Poderes Judiciário e Executivo, em ofensa ao texto da Constituição que, ao prever a formação de lista de merecimento, para efeito de progressão na carreira judiciária, consagrou, de modo implícito, o direito da autoridade competente de agir — tal como acentua o magistério de Celso A. B. de Mello (*Elementos de Direito Administrativo*, p. 233, 1. ed., 6ª tir., 1987, RT) — dentro de ".... uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei".

Em suma: se eventualmente reconhecido o Chefe do Poder Executivo estadual como o órgão competente para promover o magistrado de carreira — tese que repudio —, não se poderia, nesse contexto normativo, reduzir-lhe as prerrogativas administrativas e nem destituí-lo de qualquer autonomia decisória, para assim convertê-lo, com manifesta ofensa ao princípio da separação de poderes, em mero executor material da deliberação colegiada do Tribunal de Justiça, que elaborou a lista de merecimento.

A exigência constitucional de lista de merecimento, portanto, embora traduzindo um limite à discricionariedade de quem tem o poder de efetuar o provimento, repele qualquer prática administrativa que converta, na realidade, em uninominal, um rol que a própria Carta Política quis, para ensejar o exercício do poder discricionário pela autoridade executiva competente, tivesse conteúdo múltiplo.

Estas observações, contudo, somente teriam pertinência acaso reconhecida, por este Tribunal, tese que não perfilho, no sentido de que é do governador do estado a competência para efetuar, mediante promoção por merecimento, o provimento do cargo de desembargador, reservado a juízes de carreira.

Tendo em vista, no entanto, a minha posição pessoal no sentido de prestigiar o postulado constitucional do autogoverno da Magistratura — exteriorizada em voto que proferi na ADIn 314-PE e ora reafirmada —, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sr. Presidente, parte da matéria mais polêmica já está vencida no plenário. Agora, então, face à composição que temos hoje, o desiderato resultará de uma votação bem mais expressiva, não da maioria proporcionada por um único voto.

De qualquer modo, quanto à competência para nomear o desembargador, reafirmo o ponto de vista que externei na assentada anterior. Vejo a necessidade de observância de princípios que dizem respeito à Magistratura Federal. Acredito ser imprescindível que se tenha uma harmonia, no tocante a essa competência, considerada a nomeação para o quinto e a nomeação, também, para a vaga de carreira. Mais ainda: tenho presente que a previsão sobre a confecção de uma lista

tríplice visa não à proteção ao magistrado, tendo em vista ato da própria Corte à qual está integrado, mas a proteção do magistrado em face de ato de terceiro, ou seja, do governante, como muito bem salientou o Ministro Sepúlveda Pertence no brilhante voto que proferiu no julgamento anterior. Contudo, tivemos já o desempate e agora o Tribunal prosseguirá de qualquer maneira para a conclusão sobre a perfeita conformidade da norma inserta no § 4º do art. 4º que se pretende alvejar, com a Carta da República.

Surge o problema referente à vinculação. A partir do momento em que se conclui que a competência para nomear, a competência para escolher, é do próprio Tribunal, e que a lista objetiva evitar que um determinado candidato seja escolhido, passe a integrá-la e não ocorra a nomeação, ante as várias integrações, temos que não há conflito algum em se estabelecer que o ato do Presidente da Corte é um ato meramente formal, que torna concreta, portanto, com a promoção, a vontade do próprio colegiado, porque, caso contrário, caminharemos no sentido de colocar a Presidência, que é um órgão da Corte, acima do próprio plenário, muito embora atue vinculada à lista tríplice.

Relativamente à questão alusiva à antigüidade, nós constatamos que não houve repetição do que está previsto no art. 142 da LOMAN na atual Carta. Esta consigna que a antigüidade é apurada na última entrância e, onde houver, em Tribunal de Alçada.

Por isso, apenas revelando entendimento contrário à posição do nobre relator quanto à competência para nomear desembargador, acompanho, no mais, S. Exa., fazendo essa única restrição.

Julgo procedente, em parte, pedido formulado na ação, para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 4º da resolução do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no que fixa a competência do Presidente do Tribunal para a nomeação de desembargador.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a questão que poderia gerar maior discussão, e que me parece a mais importante, seria aquela no sentido de que cabe ao Tribunal, e não ao Chefe do Executivo estadual, a nomeação do desembargador. Mas essa questão está vencida no Supremo Tribunal com o acórdão da ADIn nº 314-PE, de que fui relator.

Parece-me não ocorrer a questão do direito adquirido, colocada e resolvida pelo eminente relator, com propriedade. Não há dúvida, outrossim, de que as normas inscritas no art. 93 da Constituição Federal são de aplicabilidade imediata.

Finalmente, Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente relator, em relação à questão das listas, na forma do que dispõe a Constituição, art. 96, inciso I, letra *c*:

"Art. 96. Compete privativamente:

I — aos tribunais:

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;"

Parece-me, portanto, possível possa o Tribunal formular regras que vinculam o seu presidente na apreciação da lista tríplice. É que a competência para o provimento dos cargos de juiz de carreira é do Tribunal.

Com estas brevíssimas considerações, adiro integralmente ao douto voto do Sr. Ministro Relator, julgando improcedente a ação, com a vênia do eminente Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

ADIn 189-2-RJ — Rel.: Min. Celso de Mello. Reqte.: Procurador Geral da República. Reqdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: após os votos dos ministros Relator, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, julgando improcedente a ação e declarando a constitucionalidade da Resolução nº 3/89 do Ór-

gão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do voto do Ministro Marco Aurélio, julgando procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 4º da mesma resolução, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário, 4.9.1991.

Presidência do Sr. Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os senhores ministros Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Célio Borja, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão. Ausentes, justificadamente, os senhores ministros Moreira Alves e Paulo Brossard.

Procurador Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Cogita-se de ação direta de inconstitucionalidade da Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que disciplinou o procedimento das promoções dos juízes togados da carreira da magistratura local.

2. Pedi vista dos autos após os votos do eminente relator, Ministro Celso de Mello, que julgou improcedente a ação, acompanhado integralmente pelos eminentes ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso, e do emitente Ministro Marco Aurélio, que a julgou procedente em parte para declarar inconstitucional o § 4º do art. 4º, da resolução questionada, que atribui competência ao presidente do Tribunal para "expedir o ato de promoção do mais votado", porque reafirmou seu entendimento no sentido da competência do governador do estado.

3. Como o eminente relator, não tenho dúvida em repelir ambos os fundamentos da argüição, veiculados na inicial.

4. Quanto à pretendida subordinação do tema da resolução questionada à prévia edição do Estatuto da Magistratura, não tenho dúvida em subscrever — como, de resto, em termos, já o fizera, ao acompanhá-lo, no indeferimento da medida cautelar —, que "a eficácia e a aplicabilidade das normas consubstanciadas no art. 93 da Carta Federal não dependem, portanto, para que possam operar e atuar concretamente, da promulgação e edição do Estatuto da Magistratura. Constituem, na realidade, pressupostos condicionadores da própria ação normativa do Congresso Nacional, que não poderá prescindir, na concretização do comando constitucional referido, dos princípios que nele se acham proclamados".

5. O segundo fundamento levanta-se especificamente contra a validade do art. 6º do ato impugnado — que circunscreveu aos membros do Tribunal de Alçada a concorrência ao Tribunal de Justiça —, à vista do art. 142 da LOMAN, norma transitória segundo a qual, no Estado do Rio de Janeiro, a aplicação do disposto no § 3º do seu art. 100 — isto é, que o Tribunal de Alçada, onde houver, constitui, para o acesso ao Tribunal de Justiça, a mais alta entrância da magistratura estadual — não poderia afetar a antigüidade que tivessem, na data da sua promulgação, os juízes que então compunham a entrância especial, entre os quais se incluem os da própria Alçada.

6. Aqui, igualmente, adiro à conclusão do eminente Relator.

7. Acertada, como ficaram, no primeiro ponto, a eficácia plena e a aplicabilidade imediata do art. 93, III, CF — que, no particular, o preceito regulamentar questionado se limitou a reproduzir —, não se lhe pode opor a subsistência do invocado art. 142 LOMAN, lei complementar editada sob o regime constitucional passado, que, com ele, caducou.

8. À invocação do art. 5º, XXXVI, CF, respondeu o Sr. Ministro Celso de Mello com a tese de ser inoponível à norma constitucional superveniente a intangibilidade do direito adquirido.

9. De minha parte, creio já ter tido oportunidade de ressalvar que o axioma — em si mesmo irrecusável —, não dispensa, em cada caso, a indagação hermenêutica sobre se a Constituição quis efetivamente desfazer os direitos adquiridos sob a ordem precedente.

10. No caso, entretanto, essa delicada indagação não se impõe. É que, ainda no plano infraconstitucional, não há direito adquirido à sobrevivência de meras expectativas geradas pelo regime jurídico anterior de determinada carreira.

11. Só por isso, quando a LOMAN, no art. 100, § 3º, erigiu o Tribunal de Alçada, onde existente, no último patamar de acesso ao Tribunal de Justiça, fez-se necessária a regra transitória do mencionado art. 142 para conceder ultra-atividade ao estatuto precedente da magistratura fluminense, que situava no mesmo penúltimo plano da carreira todos os componentes da entrância especial, fossem de primeira instância ou do Tribunal de Alçada.

12. Agora, similarmente, quando elevada à hierarquia constitucional a mesma regra permanente do art. 100, § 3º, da LOMAN, só uma disposição transitória, também de nível constitucional, teria força para protrair a aplicabilidade imediata da Constituição, a fim de garantir sobrevida àquelas mesmas expectativas de carreira nascidas de uma estruturação legal de há muito superada.

13. As questões mais intrincadas do caso — que me induziram ao pedido de vista — são as aventadas pelo Sr. Ministro Relator e alheias à fundamentação da inicial, atinentes à distribuição das funções, na promoção dos juízes da carreira, entre o colegiado do Tribunal, no caso, o seu "órgão especial", e o Presidente da Corte.

14. Ante a decisão tomada, por voto de desempate, na ADIn nº 314, já não ouso reabrir a discussão sobre a afirmação, então vitoriosa, que erigiu em princípio constitucional a inclusão do acesso ao próprio Tribunal de Justiça na competência deste para "prover (...) os cargos de carreira da respectiva jurisdição" (CF, art. 96, I, *c*) e a conseqüente exclusão do processo de qualquer participação do governador do estado.

15. O tema, por sua relevância e pela freqüência com que se põe na dinâmica do governo do Poder Judiciário, é daqueles que não devem ficar à mercê de flutuações eventuais de entendimento da Corte: em homenagem à necessária firmeza de nossa jurisprudência, empresto, pois, o meu voto à corrente majoritária e adoto como dogma a sua orientação. Sem prejuízo, é claro, da ressalva de minha convicção pessoal em contrário.

16. A partir dessa premissa dogmática, unifica-se o problema de saber qual ou quais seriam as regulamentações constitucionalmente válidas para a disciplina do processo de promoções dos magistrados estaduais, seja qual for a escala hierárquica, na carreira do cargo a prover.

17. A questão não ofereceria maior dificuldade, se o estalão constitucional a observar se reduzisse ao texto do referido art. 96, I, *c*, da Lei Fundamental.

18. É que ali se outorga aos tribunais a competência para as promoções e é da essência do conceito de Tribunal, no sistema constitucional, a colegialidade de composição e das decisões: por isso, quanto ao exercício da competência jurisdicional dos Tribunais, já proclamou a Corte que, embora lhe seja lícito outorgar poderes decisórios a órgãos individuais, às respectivas decisões singulares o Regimento jamais poderá emprestar caráter definitivo na área da própria Corte (Rep. 1.299, 21.8.86, Célio Borja, *RTJ* 119/980; *RE* 112.405, 24.3.87, Oscar Corrêa, *RTJ* 121/373).

19. Daí que, ao Presidente do Tribunal, mais não se poderá atribuir, no processo de que se cuida, do que a formalização de ato meramente executivo da promoção já decidida pelo colegiado: competência estritamente vinculada, pois, quanto ao objeto, sem comportar quaisquer laivos de escolha própria do órgão diretivo do Tribunal de Justiça.

20. Redargúi o eminente Ministro Octávio Gallotti — no douto voto proferido na AOr 70 —, com o art. 96, I, *a*, que confere ao regimento interno dos tribunais dispor sobre "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos", entre eles, a sua presidência;

mas nem S. Exa. levou às últimas conseqüências o argumento, pois, acabou por admitir que, no *iter* de promoção, é "intuitivo que a essência de discricionariedade da escolha, inerente à apuração do merecimento (...) esgota-se na fase coletiva do procedimento", ou seja, que há de tocar ao colegiado da Corte, seja o plenário, seja o "órgão especial", onde constituído.

21. "Intuitivo" foi a qualificação irretocável que o estilo, sempre invejavelmente preciso, do Ministro Gallotti, encontrou para excluir, da esfera possível da competência do Presidente do Tribunal, o ato essencialmente discricionário da escolha do nome a promover.

22. De fato. Ainda que não seja fácil demonstrar analiticamente o critério da discriminação, mostra-se claro, à percepção imediata, intuitiva, do intérprete que, no rol de atribuições político-administrativas que no art. 96, I e II, a Constituição outorga aos tribunais, umas poucas, de caráter de administração-meio, podem ser confiadas à esfera de decisão individual do Presidente: assim, por exemplo, as que dizem com a administração do pessoal auxiliar ou, mesmo com relação aos cargos da magistratura, os atos plenamente vinculados de provimento originário segundo classificação em concurso; há outros, porém, que, por seu colorido nimiamente político — mais que discricionário —, hão de ter seu exercício indeclinavelmente reservado ao colegiado: assim, a eleição dos seus órgãos dirigentes, ou de seus representantes nos tribunais eleitorais; os poderes de iniciativa de lei e a proposta orçamentária.

23. Nessa última categoria, é, sim, verdadeiramente intuitivo, que se há de incluir, a escolha do magistrado a promover por merecimento, que traduz aferição de valores pessoais de um membro do Poder Judiciário e tem por objeto a composição deste: é prerrogativa que ultrapassa as raias da potencialidade institucional da presidência dos tribunais, órgão de direção administrativa e de representação protocolar, mas não, de representação política do colegiado.

24. Essa restrição ao âmbito constitucionalmente tolerável da participação individual da presidência no processo de provimento por acesso dos cargos da magistratura não gera problemas de monta, quando se cuida de promoções por antigüidade, nas quais a decisão colegiada a executar culmina na indicação de um só nome.

25. À mesma simplicidade se reduziria o problema das promoções por merecimento, não houvesse o complicador da incidência de outro preceito constitucional a impor, então, na linha da tradição do direito brasileiro, que o processo de escolha não se limite à eleição do magistrado a contemplar, mas se inicie pela formação de uma lista de merecimento.

26. Ora, a lista de merecimento, nos regimes anteriores, integrava-se, como etapa inicial, de um procedimento complexo, destinada a limitar aos nomes que a compunham, por escolha do Tribunal, a eleição final do magistrado a promover, da competência de outro Poder, o Executivo.

27. Agora, devendo o processo de provimento do cargo iniciar se e completar-se na órbita do Tribunal — segundo o dogma assentado na ADIn nº 314 — e não podendo transplantar-se para a competência do Presidente da Corte o poder de escolha final, que antes tocava ao Executivo, resta indagar a que propósito responde a prévia composição da lista de merecimento, que a Constituição inequivocamente prevê (art. 93, II, *a*).

28. Uma solução seria a de submeter os nomes integrantes da lista — salvo se presente a hipótese prevista na mesma alínea *a* do art. 93, II, CF, — a um segundo escrutínio do colegiado, destinado a eleger dentre eles o nome a ser promovido.

29. Embora constitucionalmente irrepreensível, não encontro base normativa para afirmar esse alvitre da eleição em dois turnos como o único constitucionalmente admissível.

30. Estou em que nada se opõe também a que, composta a lista por magistrados que

tenham obtido maioria de votos, se vincule o ato de promoção à escolha do mais votado. Demonstrou o Ministro Gallotti, no voto referido, que, ainda aí, restariam dois efeitos úteis à exigência de composição da lista de merecimento: "o de ampliar a base de recrutamento, dando três votos a cada desembargador; e, sobretudo, o de permitir a escolha obrigatória do juiz que, por três vezes, já tenha figurado na lista, como quer a Constituição" (AOr. 70, cit.).

31. Como o eminente relator, assim, nesta ação direta, não tenho objeções ao ato questionado, quando, depois de regular, com observância dos parâmetros constitucionais, a composição da lista pelo Órgão Especial, com os "três nomes mais votados, dentre os que obtiverem maioria de votos, realizados quantos escrutínios sejam necessários" e de ressalvar a hipótese de promoção compulsória de um deles, com base no art. 93, II, *a*, CF, dispõe, no início do § 4º do art. 4º, que "compete ao Presidente do Tribunal, no prazo de 48 horas, expedir o ato de promoção do mais votado".

32. O mesmo art. 4º, § 4º, contém, no entanto, uma outra norma, para a qual entendo necessário convocar a reflexão do Tribunal: é a que determina que o empate entre componentes da lista se resolva "em favor do mais antigo na entrância".

33. A Constituição determinou, tanto para a "promoção de entrância para entrância" (art. 93, II), quanto para o "acesso aos tribunais de segundo grau" (art. 93, III), a observância alternada de dois critérios diversos, a antigüidade e o merecimento.

34. Certo, ao discipliná-los, não lhes manteve a pureza conceitual, mas, ao contrário, ditou-lhes temperamentos, mediante interferências recíprocas.

35. Assim, os critérios de merecimento do art. 93, II, *c*, foram temperados pelos limites da alínea *b*, do mesmo inciso, atinentes ao interstício mínimo de um biênio na entrância e a integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade nela.

36. De sua vez, o critério oposto, o da antigüidade, cede espaço ao juízo negativo de merecimento, que se traduza na recusa, por maioria qualificada, da promoção do magistrado mais antigo.

37. Creio, no entanto, que esse mecanismo de interferência mútua dos dois critérios, há de limitar-se às hipóteses explícitas no texto fundamental, sob pena de comprometer-se a alternância que a Constituição quis observada.

38. Desse modo, não me parece legitimar-se sob a Constituição imiscuir, na promoção por merecimento — que há de alicerçar-se na valoração dos méritos do magistrado, expressa em votos do colegiado competente — um fator de desempate extraído unicamente da antigüidade do candidato.

39. Para resolver o empate entre integrantes da lista de merecimento — a exemplo do que a própria resolução impugnada prescreveu para a obtenção da maioria de votos necessária a integrá-la, a única solução compatível com o critério constitucional da promoção cogitada é o da realização de "quantos escrutínios sejam necessários".

40. Pelo exposto, Sr. Presidente, peço vênia ao relator e aos dois outros votos que me antecederam para dissentir nesse ponto — aliás, não enfrentado explicitamente por S. Exas. — e julgar inconstitucional no § 4º do art. 4º, a oração final: "e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo na entrância".

41. Nesses termos, julgo procedente em parte a ação direta e improcedente, quanto ao restante: é o meu voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): As doutas ponderações do eminente Ministro Sepúlveda Pertence induzem-me a tecer algumas considerações em torno da questão ora suscitada.

O art. 4º da resolução questionada, ao cuidar da promoção por merecimento, estabelece, de modo compatível com a Constituição,

que o Tribunal de Justiça deverá observar as seguintes regras: (I) o interstício mínimo de exercício do magistrado na entrância (CF, art. 93, II, *b);* (II) a participação do juiz na primeira quinta parte da lista geral de antigüidade (CF, art. 93, II, *b*); (III) a aferição do merecimento pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição, pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento, e pelo número de vezes que já tenha figurado em lista (CF, art. 93, II, *c*); (IV) a compulsoriedade da promoção do magistrado que figurar por três vezes consecutivas, ou cinco alternadas, em lista de merecimento (CF, art. 93, II, *a*).

Convenci-me, no entanto, a partir das observações feitas pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, que se reveste de inconstitucionalidade a cláusula de desempate inscrita no art. 4º, § 4º, *in fine,* do ato impugnado, que assim dispõe: "... resolvendo-se os desempates em favor do mais antigo na entrância".

O fundamento objetivo da inconstitucionalidade do preceito inscrito na cláusula final referida encontra assento no art. 93, II, *c,* e III, da Carta Política, pois o seu conteúdo rompe, de modo desarmonioso, o sistema de alternância das promoções judiciárias.

A utilização indevida do fator pertinente à antigüidade, como elemento de desempate nas promoções exclusivamente regidas pelo critério de merecimento, não guarda sintonia com quanto dispõe o art. 93, II e III, da Constituição Federal, pois, consoante proclama a Lei Fundamental da República, a aferição do merecimento será efetivada pelos critérios da presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento.

Isso significa, portanto, que se reveste de absoluta neutralidade, para efeito de aferição do merecimento do magistrado, a sua antigüidade na Magistratura. A inclusão desse fator de ordem temporal, como elemento de desempate nas promoções por merecimento, efetivamente descaracteriza o sistema estabelecido pela Constituição, que consagra — em norma de co-gência inquestionável — o postulado da alternância no processo de promoções judiciárias, que se tipifica pela consideração dos critérios de merecimento e de antigüidade. Esses critérios de índole constitucional — porque não se revelam interpenetráveis — projetam-se como elementos absolutamente autônomos e distintos.

É de registrar, neste ponto, que a antigüidade — enquanto pré-requisito de participação do magistrado nas promoções judiciárias por merecimento — só é considerada pela Constituição Federal, nos termos do que prescreve o art. 93, II, *b.* Qualquer outra destinação ou aplicação que se lhe dê, revela-se frontalmente contrária à Constituição.

A norma regimental em questão, ao vulnerar de modo sensível, em sua cláusula final, o critério constitucional de merecimento, esvaziou-o, significativamente.

Em suma: o fator de ordem temporal, que influi na consideração do critério de merecimento, é somente aquele enumerado em rol constitucional taxativo. Traduz, na realidade, verdadeiro pré-requisito cuja satisfação se torna necessária para o magistrado participar, nas promoções regidas pelo critério de merecimento, da formação da lista múltipla.

Tenho para mim, portanto, que assiste plena razão ao eminente Ministro Sepúlveda Pertence quando salienta, em seu voto, que:

"Desse modo, não me parece legitimar-se sob a Constituição imiscuir, na promoção por merecimento — que há de alicerçar-se na valoração dos méritos do magistrado, expressa em votos do colegiado competente — um fator de desempate extraído unicamente da antigüidade do candidato.

Para resolver o empate entre integrantes da lista de merecimento — a exemplo do que a própria resolução impugnada prescreveu para a obtenção da maioria de votos necessária a integrá-la, a única solução com-

patível com o critério constitucional da promoção cogitada é o da realização de 'quantos escrutínios sejam necessários'."

Com estas considerações, também eu julgo inconstitucional a cláusula final inscrita no § 4º do art. 4º do Ato Regimental ora impugnado, que tem este conteúdo: "... resolvendo-se os desempates em favor do mais antigo na entrância".

É o meu voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sr. Presidente, desejo retificar o meu voto. Realmente, o Tribunal chegou à conclusão de que a escolha se faz pelo próprio Tribunal. Temos tal ilação, conforme salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, como um dogma, em face da necessidade de preservarmos a uniformização da jurisprudência.

A partir desta premissa, ressalvo, quanto à matéria, o meu entendimento pessoal. Na segunda parte, agora suscitada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, peço vênia aos que entendem de forma diversa para concluir, também, que não podemos introduzir, nem ter como agasalhado pela Carta, mais um critério a minimizar o de merecimento.

Ora, se a esta altura aponto que a disciplina diz respeito a merecimento, devo colar, para o desempate, um critério que seja compatível com a progressão por merecimento e não por antigüidade. Não posso, após o reconhecimento de uma votação como lídima, em que se apreciou, realmente, o merecimento dos candidatos numa fase subseqüente, abandonar esse mesmo merecimento, para, aí, sem que haja previsão na Carta, cuidar do fator antigüidade. A assim não ser, passaremos a ter um critério misto: observa-se numa primeira etapa o merecimento e, havendo empate, a antigüidade.

Por isso, peço vênia para acompanhar os ministros Relator e Sepúlveda Pertence, no particular.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, a Constituição estabeleceu que os juízes seriam promovidos por dois critérios: merecimento e antigüidade. O critério de merecimento não influirá no de antigüidade, sob pena de se estabelecer o desequilíbrio. O mesmo deve ser dito em relação ao merecimento: se o critério de antigüidade influir no de merecimento, teremos o desequilíbrio.

A Constituição privilegiou, de certo modo, a antigüidade, ao estabelecer, na alínea *b*, do inciso II, do art. 93, que:

(...)

"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;"

De uma certa forma, instaura-se o desequilíbrio, privilegiando-se, com isto, a antigüidade. Mas foi a própria Constituição que assim estabeleceu, de modo que nada há que objetar.

O que não é possível é o legislador ordinário, legislador de ato normativo primário ou ato normativo secundário, regulamentar, estabelecer, por sua conta, um novo privilégio, em favor da antigüidade, em detrimento do verdadeiro merecimento, ou do merecimento que a Constituição quer que seja observado, ao lado da antigüidade.

Por isso, quando o legislador ordinário, o legislador de ato normativo primário ou secundário, estabelece, por sua conta, mais um privilégio em favor da antigüidade, parece-me que procede de modo ilegítimo, frente à Constituição.

Com estas considerações, reformulo, no ponto, o voto anterior que proferi, para, exatamente como faz agora o Sr. Ministro Relator, julgar procedente, em parte, a ação e declarar inconstitucional a locução: "e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo".

É como voto, Sr. Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Paulo Brossard: Sr. Presidente, votei na Ação Originária nº 70 e mantenho o entendimento então externado.

No tocante ao tema agora em exame, parece-me que não existe uma única solução; aliás, tenho muito medo das soluções únicas, geralmente são duas, às vezes três.

A meu ver, desde que se admita ser competência do Tribunal todo processo, não vejo impossibilidade, nem anomalia quando, escolhida a lista tríplice pelo Tribunal, o seu Presidente — que é um órgão natural do Tribunal — dentro da lista elaborada, faça a escolha. Mas, longe de mim dizer que essa seja a única solução. A outra que V. Exa. aludiu, Sr. Presidente, é que estaria sendo adotada no Estado do Piauí, também me parece razoável. O Tribunal não só faria a lista, como faria a escolha, sobre a lista tríplice. Seria uma operação em duas fases; o Tribunal escolheria a lista e, dentro dela, procederia à escolha; ele, e não o seu Presidente. Ambas as soluções são possíveis e defensáveis.

Já o mesmo não direi em relação à cláusula final do § 4º do art. 4º, em fidelidade aos princípios da antigüidade e do merecimento; quando se trata de antigüidade, é antigüidade; quando se trata de merecimento é merecimento e na medida do possível, deve ser escolhido o melhor, o mais capaz, o mais ilustre, e não o mais antigo. Foi ponderado que a preferência pelo mais velho, em caso de empate, é um critério corrente. Mas, aí, a Constituição pede que seja escolhido por merecimento. Alega-se que mesmo para ser escolhido é preciso que figure na primeira quinta parte da lista de antigüidade. É mais uma homenagem que a lei, bem ou mal, fez ao que tem mais tempo de serviço. E já houve quem sustentasse que todas as promoções deveriam ser por antigüidade.

Quando se trata, porém, de merecimento, deve-se dar ênfase ao merecimento e este não está ligado necessariamente à idade ou ao tempo de serviço.

Coerente com o voto há pouco proferido, no caso da ação direta, entendo que a antigüidade, quando se trata de escolha por merecimento, não deve ser fator decisivo, embora seja o primeiro a reconhecer que a antigüidade também vale, e muito, pois se aprende muito ao longo do tempo.

Sr. Presidente, insisto em acentuar que, em se tratando de merecimento, há de ser merecimento, e que o critério de antigüidade não deve ser decisivo para aferir o merecimento, nem na carreira, nem na entrância. De modo que, a meu ver, a cláusula final da Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não se compatibiliza com o provimento por merecimento, bem ou mal, acolhido pela Constituição ao lado do critério de antigüidade.

Assim, julgo procedente, em parte, a ação, para declarar a inconstitucionalidade do § 4º da Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

O Sr. Ministro Célio Borja: Sr. Presidente, dos debates que aqui se travaram, restou apenas uma questão controvertida, com respeito às expressões finais do § 4º do art. 4º da resolução.

Não duvido, Sr. Presidente, que seja muito interessante a idéia de submeter a voto o empate, entre juízes que concorrem à mesma vaga no Tribunal de Justiça. Apenas não consegui, até aqui, me convencer de que existe um fundamento objetivo para a declaração de inconstitucionalidade dessas expressões. Se porventura me tivesse convencido, votaria no sentido de mandar excluir do texto, por inconstitucionais, as expressões que asseguram ao mais antigo, no caso de empate, a nomeação. Entendo que, se não posso agir assim, porque a proposição, que seria a *ratio decidendi* de tal decisão, não se encontra nem expressa nem implicita-

mente na Constituição. Ela não diz que é proibido misturar critérios de antigüidade e de merecimento para efeito de escolha de desembargador de Tribunal de Justiça ou para qualquer outro efeito.

Peço licença, Sr. Presidente, para fazer uma consideração sobre o art. 142 da LOMAN que, segundo a inicial da ação de inconstitucionalidade, estaria sendo vulnerada por dispositivos da resolução. Não quero fazer interpretação autêntica, embora tenha sido eu quem, quando Deputado, apresentou a emenda à Lei Orgânica da qual resultou esse dispositivo. Parece-me que não procede a argüição, porque o que se pretendeu foi assegurar, na data da entrada em vigor da Lei Orgânica da Magistratura, a antigüidade dos juízes que, então, constituíam a entrância especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E isso, penso eu, é um direito que eles adquiriram e em cujo gozo, certamente, estão, até hoje. E o dispositivo da resolução não modifica a situação assim criada e que já se exauriu no tempo; a nova norma não tem mais, creio, como interferir na carreira deles nem impedir-lhes eventual escolha para o Tribunal.

Dito isso, Sr. Presidente, peço vênia aos que pensam contrariamente, para julgar improcedente a ação.

VOTO

O Sr. Ministro Octávio Gallotti: Sr. Presidente, também peço vênia, aos demais colegas, para acompanhar o voto agora proferido pelo eminente Ministro **Célio Borja.**

Como relator da Ação Originária nº 70, de Santa Catarina, cujo julgamento foi hoje interrompido pela segunda vez, tive ocasião de sustentar que o regimento do Tribunal podia vincular a presidência da Corte, no exercício da competência de escolha de juízes, de desembargadores, dentre os juízes, que a Constituição confere ao Tribunal, e não, individualmente, ao Presidente.

Naquele mesmo voto, considerei que os critérios de antigüidade e merecimento — e a antigüidade aqui vem como elemento da solução do empate — não eram critérios absolutamente estanques ou antagônicos. Isto, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence acaba hoje de reconhecer. Cite, naquele caso concreto, a norma constitucional que estabelece, como pressuposto da competição do merecimento, um certo grau de antigüidade, e S. Exa., o Ministro Sepúlveda Pertence, completou meu pensamento, mostrando que, também na limitação que se faz à promoção por antigüidade por deliberação do Tribunal, há um juízo negativo de merecimento, influindo na escolha por antigüidade.

Minha divergência, com o eminente Ministro Sepúlveda Pertence e com os que o seguiram, está em considerar que o critério de antigüidade não é uma exceção restrita ao mandamento de uma ou duas normas constitucionais. Pelo contrário, considero que a antigüidade é um critério permanente, habitual e tradicional de precedência, em todos os órgãos do Poder Judiciário.

Além da Constituição, relembro, por exemplo, que o art. 99 da Lei Orgânica da Magistratura determina ser composto, o Órgão Especial, pelos desembargadores de maior antigüidade. Os substitutos também são convocados, pelo Presidente do Tribunal, em ordem de antigüidade, de acordo com o § 2º do mesmo art. 99. Até a eleição do presidente e dos demais dirigentes dos Tribunais de Justiça, de acordo com o art. 102 da Lei Orgânica, é limitada aos membros mais antigos, em número correspondente aos cargos de direção que estão postos em eleição. Essas são normas que tornam explícito e confirmam o que de início afirmei, isto é, antigüidade é um critério habitual de precedência no âmbito dos tribunais.

Penso, por isso, que a antigüidade não pode ser recusada como um critério objetivo, talvez o único de que se possa lançar mão, para o desempate de votação do órgão colegiado. Mesmo aquela solução do Tribunal de Justiça do Piauí, lembrada pelo eminente Presidente Sydney Sanches e que também considero ser uma solução lógica e razoável,

embora não obrigatória, segundo a Constituição Federal, mesmo aquela solução não exclui a possibilidade do empate e pode até gerar, com ele, um impasse de difícil composição. Um Tribunal pode ter um número par, de, por exemplo, dezesseis desembargadores, em que oito votam em cada um de dois candidatos. Como se resolve esse impasse? Compelindo um desembargador a mudar de voto, ao longo de sucessivos escrutínios, ou esperando que alguém seja alcançado pela aposentadoria ou constrangido a licenciar-se? Então, esse critério pode ser muito conforme a Constituição, no sentido de que aprimora ou purifica o critério de escolha pelo Tribunal. Mas o impasse, decorrente do empate, ele efetivamente não resolve.

Entendo, em suma, que a antigüidade é um critério objetivo, que não é antagônico ao de merecimento, com ele se combina na medida exata e, certamente, faz parte da tradição dos Tribunais.

Peço vênia, ao eminente relator e aos demais colegas que divergiram desse ponto de vista, para julgar a ação improcedente, por me parecer que o ato regimental do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sua inteireza, é compatível com a Constituição Federal.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente. O art. 96, inciso I, letra *a*, parte final, da Constituição, autoriza a edição, por parte dos tribunais, de normas, regulando "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos". Indiscutivelmente, essa matéria situa-se no campo administrativo do Tribunal e há de ser exercida por órgãos administrativos da Corte: — tanto pode ser o plenário, no exercício dessa competência administrativa, como pode ser o Presidente do Tribunal.

Pelo sistema que o Supremo Tribunal entendeu (por maioria de votos) decorrer da Constituição, o provimento dos cargos de desembargador, nos denominados "quatro quintos do tribunal", há de se dar por ato do Tribunal, segundo a regra da letra *c* do inciso I do art. 96:

"Art. (...)

I — (...)

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição".

Penso, entretanto, que nada impediria que o Tribunal, em ato regimental, conferisse ao Presidente a escolha livre, discricionária, dentre os três componentes da lista, daquele que devesse ser promovido. Não vejo nenhum obstáculo. Ao contrário, penso que esse sistema guardaria simetria com o regime tradicional e com o que está na Constituição, ainda, relativamente ao provimento do quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público, consoante decorre do parágrafo único do art. 94: elaborada a lista tríplice, pelo Tribunal, encaminhada ao governador, ele livremente escolhe.

Pois bem, elaborada a lista tríplice pelo Tribunal, encaminhada ao Presidente da Corte, ele escolheria. Se a disposição regimental assim dispuser, não vejo nenhuma inconstitucionalidade.

Também não vejo nenhuma inconstitucionalidade se o próprio Tribunal deliberar, a respeito do integrante da lista a ser promovido. A Constituição assegurou aos tribunais proverem os cargos e como têm a competência para, regimentalmente, dispor sobre seus órgãos administrativos — entre eles, o plenário e o Presidente da Corte —, nada impediria que o Regimento Interno estipulasse o sistema, segundo o qual o Tribunal elabora a lista tríplice e, num segundo turno, escolhe, dentre os três, aquele que entenda deva ser promovido. Outras opções os tribunais podem estabelecer, regimentalmente, desde que, à evidência, não destoem do sistema da Constituição.

No caso em exame, a norma do § 4º, do art. 4º, em foco, a meu sentir, não conflita com a Constituição. O Tribunal optou pela fórmula: o Presidente escolhe o mais votado. Dentro do sistema que dá competência ao Tribunal para prover os cargos,

pode o Regimento conferir ao Presidente essa atribuição, com certas restrições. O ato presidencial fica vinculado a condições estabelecidas no Ato Regimental. Ao Tribunal, que, no caso, cabe prover, há de reconhecer-se possa adotar essa solução. No Regimento, por igual, haverá espaço à disciplina da hipótese de empate entre os integrantes da lista tríplice. Assim, se os dois primeiros da lista tiverem o mesmo número de votos, foi o que sucedeu. Prevê-se que seja escolhido o mais votado e, no caso de empate, resolve-se adotando o critério do mais antigo na entrância. A conciliação dos dois sistemas em nada fere a Constituição.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Célio Borja, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: A meu ver, o que a Constituição determina é que o Tribunal elabore uma lista — seja ela tríplice, ou não — que deverá ser submetida a nova votação por ele, votação essa que é a do provimento, a ser simplesmente executado pelo Presidente da Corte. Quem provê, pois, é o Tribunal; seu Presidente dá execução a esse provimento.

Por isso tenho como inconstitucional todo o § 4º do art. 4º da resolução em causa.

Quanto ao mais estou de acordo em que não há qualquer inconstitucionalidade. E, no caso, não há que se cogitar da possibilidade da ocorrência de direito adquirido, pois não há direito adquirido contra a Constituição.

Em face do exposto, julgo a presente ação procedente em parte.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Presidente): Também entendo que a Constituição dá competência privativa ao Tribunal, não só para organizar a lista, mas também para prover o cargo. E ao provimento do cargo se deve chegar mediante votação, em segundo turno, com a escolha, pelo Tribunal, daquele que deva ser nomeado.

Por isso também, com a devida vênia declaro a inconstitucionalidade de todo o § 4º do art. 4º da Resolução nº 3/89. E não apenas das expressões que foram mencionadas nos votos majoritários.

EXTRATO DA ATA

ADIn 189-2-RJ — Rel.: Min. Celso de Mello. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: após os votos dos ministros Relator, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, julgando improcedente a ação e declarando a constitucionalidade da Resolução nº 3/89 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do voto do Ministro Marco Aurélio, julgando procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 4º da mesma resolução, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence. Ausente, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Brossard e Moreira Alves. Plenário, 4.9.91.

Decisão: por maioria de votos, o Tribunal julgou procedente, em parte, a ação, declarando a inconstitucionalidade das expressões "e resolvendo-se os empates em favor do mais antigo na entrância", contidas no § 4º do art. 4º da Resolução nº 3/89, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vencidos, em parte, os Ministros Célio Borja, Octávio Gallotti e Néri da Silveira, que a julgavam improcedente e, também, em parte, mas em extensão diversa, os Ministros Paulo Brossard, Moreira Alves e Presidente, que declaravam a inconstitucionalidade de todo o § 4º, já referido. Votou o Presidente. Plenário, 9.10.91.

Presidência do Sr. Ministro Sydney Sanches. Presentes à sessão os senhores ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

Procurador Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, substituto.