

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator): Conforme relatado, o Procurador-Geral da República sustenta que o art. 58, VI, da Lei 11.697/2008 viola o art. 93, *caput*, da Constituição Federal, pois não teria observado a reserva de lei complementar de iniciativa privativa do STF para tratar sobre critério de desempate no processo de promoção na carreira de magistratura, além de dispor sobre a matéria em desacordo ao estipulado na legislação nacional – admitida a recepção constitucional da Lei Complementar 35/1979 (LOMAN).

A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com fundamento no referido dispositivo constitucional (art. 93, *caput*, da CF), assenta ser competência exclusiva da União legislar sobre a organização da magistratura nacional, mediante lei complementar de iniciativa reservada a esta CORTE, e reconhece a inconstitucionalidade formal de normas com conteúdo destoante ou inovador ao previsto na LOMAN, recepcionada pela Constituição Federal e admitida como regramento aplicável ao estatuto da magistratura enquanto não sobrevier a lei complementar em questão (ADI 3698, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 15/8/2019; ADI 4042 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 30/4/2009; ADI 2494, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 13/10/2006; ADI 1422, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJe de 12/11/1999; MS 34.076, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 16/11/2016).

É, inclusive, o que foi afirmado no julgamento da ADI 3698 (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 15/8/2019), a propósito do exame da validade de norma estadual que dispôs sobre o desempate entre magistrados, para efeito de promoção na carreira. Eis como ficou lavrada a ementa do julgado (grifos aditados):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 164 DA LEI 12.342/94 DO ESTADO DO CEARÁ – CONDIÇÕES ESTRANHAS À FUNÇÃO JURISDICIONAL PARA DETERMINAR O DESEMPATE NA CLASSIFICAÇÃO PELO CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE NA ENTRÂNCIA - ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assentada no sentido da inconstitucionalidade, por violação ao art. 93 da Constituição Federal, de normas estaduais, legais ou constitucionais, que disciplinem matérias próprias do Estatuto da Magistratura, em desacordo com ele ou em caráter inovador . Neste contexto, a

LOMAN não consagrou o disposto no artigo 164 da Lei 12.342, de 28 de julho de 1994, do Estado do Ceará, que estabelece condições estranhas à função jurisdicional para determinar o desempate entre aqueles que estejam concorrendo à promoção por antiguidade.

2. Ação julgada procedente.

Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Relator:

[...] As disposições da LOMAN constituem, portanto, um regime jurídico único para os magistrados brasileiros. Esse sistema normativo nacional está amparado em duas razões. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário é um Poder Nacional e, assim, seus membros devem estar submetidos a regras uniformes [...].

Além disso, é possível vislumbrar que a alternativa de caracterização das normas da LOMAN como meramente programáticas ou não vinculantes para o legislador e judiciário estaduais abriria uma via perigosa para a concessão de privilégios e poderia dar ensejo a um quadro instável de “troca institucional de boas vontades” entre os poderes locais, incompatível com a independência assegurada constitucionalmente ao Poder Judiciário [...].

De igual modo, no julgamento da ADI 4462, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgada em 18/8/2016, DJe de 14/9/2016, a CORTE chegou à conclusão semelhante, conforme a ementa seguinte:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 78, § 1º, INCS. III, IV E V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 10/1996. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE NA MAGISTRATURA TOCANTINENSE. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL – LOMAN. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO OU DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO. CONTRARIEDADE AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VALIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE IDADE PARA DESEMPATE: PRECEDENTE. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE À UNANIMIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 78, § 1º, INCS. III E IV, DA LEI COMPLEMENTAR TOCANTINENSE N. 10 /1996.

O mesmo raciocínio se aplica ao caso em julgamento. O art. 58, VI, da Lei 11.697/2008, ordinária, tratou de critério para progressão na carreira da magistratura em desconformidade à forma exigida no art. 93, II, “d”, da CF, e de maneira diversa ao art. 80, § 1º, I, da LOMAN, assim redigido (grifos aditados):

Art. 80 - A lei regulará o processo de promoção, prescrevendo a observância dos critérios ele 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 ;**

Dessa maneira, o dispositivo impugnado, ainda que tenha sido editado pela União Federal, desrespeitou a reserva de lei complementar e a iniciativa desta SUPREMA CORTE, veiculando conteúdo que exorbitou indevidamente do regramento estabelecido pela LOMAN e desprezou o critério da precedência na carreira específica de magistrado, para efeito de promoção a entrância superior, em prol do critério do tempo de exercício de *qualquer* função pública.

Como visto, esse conteúdo somente poderia ser veiculado por Lei Complementar federal proposta pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, razão pela qual fica evidente a inconstitucionalidade formal do inciso VI do art. 58 da Lei 11.697/2008. Ainda que o diploma legal tenha resultado de projeto de lei apresentado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, consoante as informações prestadas pelo Senado Federal, destaco que o autogoverno dos Tribunais (art. 96, I, “a”, da CF) não permite a complementação da disciplina da LOMAN da forma como realizada pela norma impugnada.

Impõe-se refutar, ainda, a alegação suscitada pelo Senado Federal de que a progressão de carreira dos magistrados constitui disciplina relativa à organização judiciária do Distrito Federal, de forma a atrair a competência do Congresso Nacional para a edição de lei sobre a matéria, nos termos do art. 48, IX, da Constituição. Evidentemente que a organização judiciária do Tribunal não abrange o conteúdo disposto na norma questionada, estando compreendida, de forma muito clara e incontestada, no art. 93, *caput* e inciso

II, da CF, quando expressamente inclui no Estatuto da Magistratura a disciplina atinente à “ *promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade (...)*”.

Do ponto de vista material, no tocante ao critério estabelecido pelo inciso VI do art. 58 da Lei 11.697/2008 – tempo de serviço em qualquer cargo público –, esta CORTE firmou o entendimento de que, além de inexistir lei complementar nacional que o reconheça para a progressão na carreira da magistratura, o mesmo, de qualquer forma, não se qualificaria como fator válido de *discrímen* entre sujeitos em situação idêntica.

Durante o julgamento do MS 28.494, esta CORTE constatou que a utilização do critério de tempo de serviço público favoreceria injustamente o magistrado com trajetória profissional exercida de modo preponderante no setor público, reconhecendo-se a inconstitucionalidade da aplicação dessa regra de desempate que considera o período do serviço público como decisivo. O referido julgamento recebeu a seguinte ementa:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE DE MAGISTRADOS. CRITÉRIO DE DESEMPATE. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ESTADO. NORMA POSTERIOR. EFEITOS RETROATIVOS. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA, DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. CRITÉRIOS DIFERENTES DAQUELES PREVISTOS NA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL - LOMAN. CONTRARIEDADE AO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. O princípio da irretroatividade das normas e da segurança jurídica, na sua dimensão subjetiva densificada pelo princípio da proteção da confiança, veda que norma posterior que fixe critérios de desempate entre magistrados produza efeitos retroativos capazes de desconstituir uma lista de antiguidade já publicada e em vigor por vários anos.

2. Cuida-se de writ contra decisão do Conselho Nacional de Justiça que afastou critério de desempate aplicado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso em promoção de magistrados.

3. O tempo de serviço público como critério de desempate em detrimento da ordem de classificação no concurso para o cargo de juiz foi introduzido pela Lei Complementar estadual nº 281, de 27/09/2007, que inseriu o parágrafo único no art. 159 do Código de Organização Judiciária do Estado do Mato Grosso (Lei 4.964/85).

4. A legislação estadual não pode modificar matéria de competência de Lei Complementar nacional da magistratura, disciplinando critérios de desempate entre magistrados, esvaziando o animus do constituinte de criar regras de caráter nacional. Precedentes: ADI nº 4042, Relator Min. Gilmar Mendes, DJ 30/04/2009; ADI nº 2.494, Relator Min. Eros Grau, DJ 13/10/2006 e na ADI 1422 Relator Min. Ilmar Galvão, 12/11/1999.

5. Ordem denegada.

A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, uma vez que o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Em resumo, portanto, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.

Nesse contexto, a precedência conferida pelo Estatuto da Magistratura ao Juiz mais antigo na carreira em caso de empate no processo de promoção (art. 80, § 1º, I, da LOMAN) constitui discrimen razoável para justificar a preferência entre candidatos, considerada a experiência e o tempo de dedicação à atividade judicante como fundamento válido à promoção por antiguidade permitida pela Constituição.

O tempo de serviço público de forma generalizada, no entanto, independentemente da atividade pública anteriormente desempenhada, não se qualifica como um critério idôneo apto a embasar tratamento mais favorável a determinados magistrados em detrimento daqueles que tiveram menos tempo em função pública diversa ou dedicação anterior ao setor privado. Esse tratamento desigual está em desacordo com o art. 19, III, da CF, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros ou preferências entre si, e ofende o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF).

Assim, conforme decidido pelo Plenário desta SUPREMA CORTE no julgamento da ADI 3698, Rel. Min. GILMAR MENDES (Tribunal Pleno, DJe de 15/8/2019), relativamente aos parâmetros de provimento na carreira da magistratura, não são cabíveis, como medida de desempate entre os concorrentes à promoção por antiguidade, condições estranhas à função jurisdicional.

Em sentido semelhante, também quanto à proibição de tratamento desigual nos concursos públicos, registram-se precedentes da CORTE reconhecendo ser vedado o favorecimento a candidatos pelo fato de terem origem em determinado Estado ou de lá já terem prestado serviço público. São ilustrativos dessa orientação os seguintes julgados: ADI 3.580, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 3/8/2015; ADI 2.949, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Redator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 28/5/2015; ADI 4.178 MC-REF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe de 7/5/2010, e ADI 3.522, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 12/5/2006:

Ementa: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. LEI ESTADUAL 6.677/1994 DO ESTADO DA BAHIA. CONCURSO PÚBLICO. EMPATE ENTRE CANDIDATOS. PREFERÊNCIA EM ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO A CANDIDATO QUE CONTAR MAIS TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO AO ENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, 19, III, E 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a não complexidade da questão de direito em discussão e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999.

2. Como corolário do princípio da isonomia posto em seu art. 5º, *caput*, a Constituição Federal enuncia expressamente, no inciso III do art. 19, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

3. O dispositivo legal impugnado tem o claro propósito de conferir tratamento mais favorável a servidores do Estado da Bahia, em detrimento dos demais Estados da Federação, estando em frontal desacordo com o art. 19, III, da CF, que veda o estabelecimento de distinções entre brasileiros com base na origem ou procedência. Precedentes.

4. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 5776, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgada pelo Tribunal Pleno em 19/12/2018, DJe de 3/4/2019)

Portanto, o desenho institucional que decorre do art. 93, *caput*, da CF, consolidado no art. 80, § 1º, I, da LOMAN, especificamente quanto aos critérios de progressão na carreira dos magistrados, não avaliza que o Congresso Nacional, mediante lei ordinária, complemente o Estatuto da Magistratura com critério de desempate estranho à função jurisdicional, de que resulta demonstrado o vício material da norma impugnada.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido, para declarar a inconstitucionalidade, nas vertentes formal e material, do art. 58, VI, da Lei 11.697/2008.

É o voto.