

TRIBUNAL DE JUSTIÇA — PROMOÇÃO — JUIZES DO TRIBUNAL  
DE ALÇADA — ADVOGADOS — MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚ-  
BLICO — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

— *A inconstitucionalidade não se presume; há de resultar de manifesta ofensa à Lei Magna.*

— *Interpretação do art. 144 n.º IV da Constituição.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Procurador-Geral da República *versus* Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Representação n.º 881 — Relator: Sr. Ministro

DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, julgar improcedente a representação, contra os votos dos Ministros Xavier de Albuquerque, Oswaldo Trigueiro e do Presidente.

Brasília, 13 de dezembro de 1972. *Aliomar Baleeiro*, Presidente. *Djaci Falcão*, Relator.

RELATÓRIO

O Professor José Carlos Moreira Alves, digno Procurador-Geral da República, arri-mado no art. 119, inc. I, letra *l*, da Consti-tuição Federal, submete ao exame e julga-mento do Supremo Tribunal Federal, a arg-uição de inconstitucionalidade de disposi-ções inseridas na Resolução n.º 46, de ... 29.12.70, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, à vista de solicitação feita por membros do Ministério Público do men-cionado estado, exposta nos seguintes ter-mos:

“Representação relativa à inconstitucionalidade do art. 17, § 1.º, da vigente Divisão e Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais, contida na Resolução n.º 46, de 29.12.70, do eg. Tribunal de Justiça deste estado, e cujo texto é do seguinte teor:

“Art. 17. O preenchimento do cargo de desembargador será feito por promoção dentre os juizes de Direito, pelo critério de antiguidade e merecimento, alternadamente, e por nomeação dentre os membros do Ministério Público ou advogados em exercício da profissão, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez (10) anos, pelo menos, de prática forense.

§ 1.º Os juizes do Tribunal de Alçada que nele compuserem o quinto referido no art. 16 desta Resolução, conservarão, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal.”

Nos exatos termos de sua redação, o incriminado § 1.º permite que, na lista tríplice para provimento do cargo de desembargador do Tribunal de Justiça, sejam incluídos nomes de ilustres juizes do Tribunal de Alçada, cuja investidura tenha decorrido de vagas reservadas ao quinto de sua composição.

A mencionada disposição, *data venia*, é de evidente inconstitucionalidade quando conserva o *status* de membro do Ministério Público ou de advogado a magistrado do Tribunal de Alçada, na plenitude de suas funções jurisdicionais.

Nomeados para o Tribunal de Alçada, e ali empossados, os membros do Ministério Público ou advogados passam inquestionavelmente, à categoria de magistrados.

Manter a condição original destes membros do Tribunal de Alçada — como pretende o art. 17, § 1.º, da mencionada Resolução n.º 46 — é concluir injuridicamente que naquele Colégio Judiciário, — ao invés de uma, existem três diferentes categorias de servidores públicos: juizes, membros do Ministério Público e advogados.

Verifica-se ao confrontar-se os textos dos §§ 1.º e 3.º do mesmo art. 17 que há uma evidente contradição de normas.

Art. 17...

“§ 3.º Quer a nomeação de advogado, quer a de membros do Ministério Público, dependerá de lista tríplice constituída só de advogados ou exclusivamente de membros do Ministério Público.”

As expressões “só de advogado” e “exclusivamente de membros do Ministério Público” mostram o aberto conflito deste com o disposto no § 1.º em foco, por equiparar magistrados em pleno exercício das funções a advogados ou membros do Ministério Público.

O conflito não pára aí.

O art. 19 da citada Resolução, ao referir-se à vaga reservada a advogado, exige inscrição permanente na Ordem dos Advogados, só deferida a advogado militante e evidentemente recusada a qualquer magistrado.

“Art. 19. Para a vaga reservada a advogado, o candidato deverá contar mais de 35 anos e menos de 55 anos de idade, bem como ter inscrição permanente na Ordem dos Advogados, com a mesma ressalva do artigo anterior.”

A ressalva refere-se aos magistrados do Tribunal de Alçada, levados como representantes da classe dos advogados.

Essa restrição, como é evidente porém, não contraria a idéia básica, fundamental, de que só advogados militantes ou membros do Ministério Público em exercício, devem compor o quinto às suas classes reservado no preenchimento das vagas do Tribunal de Justiça.

O conflito de normas, tão claro nas disposições da Resolução n.º 46, por si só, já bastaria para demonstrar a injuridicidade da tese que pretende impor.

O inciso criticado, vai mais longe do que conflitar com disposições do seu próprio diploma: afronta a norma constitucional.

Diversamente do que dispuser a Constituição de 1946, omissa quanto a este ponto, a vigente Carta Magna, resultante de projeto proposto pelo Governo Revolucionário, exige expressamente o efetivo exercício da profissão de advogado ou da função do Ministério Público como requisito básico para a admissão na lista tríplice.

O velho art. 136, n.º IV, na redação de 24.1.67, corresponde à do atual art. 144, n.º IV, introduzido pela Emenda 1/69, *in verbis*:

“Na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com 10 anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice.”

Esta disposição não resulta de emenda do Congresso Nacional ao projeto da Constituição, oferecido pelo então Presidente Castelo Branco; ao contrário, consta expressamente daquele projeto conforme “se pode ver do art. 134, n.º IV, do projeto governamental” (*Constituição do Brasil, Anais, Câmara dos Deputados*, vol. I, p. 68).

A mensagem governamental consigna ainda este trecho eloqüente que evidencia, claramente, a *mens legislatoris*:

“Quanto à Justiça Eleitoral, à Justiça do Trabalho, assim como à Justiça dos estados e ao Ministério Público, o anteprojeto mantém as normas vigentes, com pequenas alterações, para o seu aperfeiçoamento, ante as lições da experiência” (*Id.* p. 19).

A inclusão, pois, no texto da Constituição atual, da expressão “em efetivo exercício da profissão não foi um acidente, mas o propósito legislativo determinado de aperfeiçoar o texto anterior, ante as lições da experiência.

Não se argumente que a expressão focalizada só teria como destinatários os advoga-

dos, e não os membros do Ministério Público.

Estes servidores do estado, haveriam de estar necessariamente em exercício efetivo, para ostentar a condição funcional; desnecessária, portanto, e quanto a eles, a mencionada ressalva, que não se fez aos juizes, pelo mesmo e exato motivo.

Mesmo, entretanto, não houvesse texto expresso, como existe na Constituição, a opinião dos doutos é a de que a reserva do quinto a advogados e membros do Ministério Público tem um alto sentido pedagógico, pela experiência diversificada que cada uma das duas classes pode dar ao Tribunal, trazer contribuição hermenêutica diversa da que oferecem os juizes de carreira, uniformizando no âmbito da jurisprudência, os anseios sociais da coletividade em relação ao ideal de Justiça.

O objetivo do legislador constituinte sempre foi o de conseguir a integração das classes intervenientes no processo judiciário, e não torná-la possível apenas à dos magistrados.

Se o dissemos, é porque a prevalecer o critério do § 1.º do art. 17, *sub censura*, só terão acesso ao Tribunal de Justiça os magistrados, pois bastaria que o escolhido na vaga reservada ao quinto tivesse integrado a lista tríplice após a sua investidura no Tribunal de Alçada.

Será afinal de irrecusável acerto concluir que os advogados, e membros do Ministério Público que, nesta qualidade, ascenderam ao Tribunal de Alçada, não podem, por proibição constitucional expressa, integrar lista tríplice do Tribunal de Justiça para preenchimento do quinto reservado àquelas categorias.

Magistrados que passaram a ser — e o são para todos os efeitos — terão acesso ao Tribunal de Justiça concorrendo nas listas reservadas aos seus colegas, magistrados de carreira.

Basta que quanto a eles, no tocante à promoção por antiguidade, se suprima no

art. 18 da Resolução, a ressalva que não atinge os seus colegas de Tribunal, juízes substitutos de 2.<sup>a</sup> instância especial.

“Art. 18. Para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça, a última entrância compreenderá os Juízes de entrância especial, os juízes substitutos de segunda instância e os juízes do Tribunal de Alçada, ressalvado o disposto no § 1.<sup>o</sup> do artigo anterior.”

A presente representação encontra, ainda, estímulo e argumentos na que os órgãos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul enviaram a Vossa Excelência, em data de 29.2.72, propondo também a inconstitucionalidade do art. 11, § 5.<sup>o</sup>, do Código de Organização Judiciária daquele estado sulino, já que, *mutatis mutandis*, as redações diferentes configuram, entretanto, a mesma disposição lesiva da integridade constitucional.

A análise dos textos demonstra que o § 1.<sup>o</sup>, do art. 17 da Resolução n.<sup>o</sup> 46, de ... 29.12.70, do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais — tanto quanto o art. 11, § 5.<sup>o</sup> do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul — ao permitir que Juiz do Tribunal de Alçada concorra à vaga da mesma natureza para a composição do Tribunal de Justiça, fere o princípio estatuído no art. 144, n.<sup>o</sup> IV, da Constituição Federal, de que o quinto dos Tribunais estaduais seja preenchido por membros do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente em efetivo exercício da função ou da profissão.

Tanto quanto os membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, os signatários aguardam a serena e superior apreciação de Vossa Excelência, esperando que venha a argüir, perante o Excelso Pretório, o apontado vício do § 1.<sup>o</sup>, do art. 17, da Resolução mencionada, a fim de que ao Supremo Intérprete da Carta Magna se submeta o julgamento desta relevante questão do interesse da Organização Judiciária deste, como de outros estados-membros, para

que se garanta a pureza constitucional da composição dos Tribunais” (fls. 5-11).

Pelo ilustre Des. Helvecio Rosenberg, Presidente do Tribunal de Justiça, foram ministradas as seguintes informações:

“1. O teor das alegações feitas pelos ilustrados autores da representação perfilhada pela douta Procuradoria-Geral da República e o conteúdo dos dispositivos da Organização Judiciária de Minas Gerais indigitados de inconstitucionalidade, estão a demonstrar que, em súmula, duas são as teses sustentadas na representação.

A primeira, a de que os membros do Ministério Público (por força de extensão, também os Advogados) que ingressarem no corpo de juízes do Tribunal de Alçada, para a composição do chamado quinto, não podem, por violar a Constituição Federal, ser incluídos em lista triíplice para a nomeação de desembargador, pelo quinto do *quinto* do Tribunal de Justiça (argüição de inconstitucionalidade do § 1.<sup>o</sup>, do art. 17, da citada Resolução n.<sup>o</sup> 46).

A segunda, a de que os membros do Ministério Público (por força de extensão também os Advogados) que ingressarem no corpo de juízes do Tribunal de Alçada pelo quinto, não podem ser excluídos da relação de juízes que integram, para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça, a última entrância (argüição de inconstitucionalidade da ressalva contida na parte final do art. 18, da referida Resolução n.<sup>o</sup> 46).

2. De início, no desenvolvimento de suas alegações, sustentam os nobres integrantes do Ministério Público, signatários da representação em exame, que a regra impugnada, do § 1.<sup>o</sup>, do art. 17, da Resolução n.<sup>o</sup> 46, se mantida, importará em concluir injuridicamente que no Tribunal de Alçada de Minas Gerais existem três categorias de servidores: juízes, membros do Ministério Público e advogados.

E, ainda no desenvolvimento das mesmas alegações, se faz a assertiva de que o refe-

rido dispositivo do § 1.º, do art. 17, gera conflito dentro da própria Resolução n.º 46, pois que estará em contradição com o § 3.º do mesmo art. 17 e com o art. 19, também da Resolução n.º 46.

3. Na prestação destas informações se abordará cada uma das alegações acima resumidas. Mas porque essas alegações, no pretender que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao exercitar, pela primeira vez, a elevada prerrogativa constitucional de dispor sobre a Organização Judiciária do Estado, cometeu flagrante violação da Constituição Federal e incidiu em crasso erro de técnica legislativa, como o de inserir em um diploma legal regras conflitantes e contraditórias, uma e outra coisa não condizente com a presunção de capacidade e de cultura jurídica que deve existir em relação a alto colégio judiciário — torna-se necessário afirmar que, exatamente porque não admite a sua infalibilidade, foi que, neste Tribunal, a elaboração da Resolução n.º 46 não foi obra apressada, mas cercada de cuidadosa meditação.

4. Como já visto, argumenta-se que o § 1.º, do art. 17, da Resolução n.º 46, atribui ao corpo de juizes do Tribunal de Alçada três categorias: a de juizes (propriamente ditos), a de membros do Ministério e a de advogados. Do argumento nem se pode dizer que é especioso, eis que, sem guardar qualquer aparência de verdade, ele se revela, *data venia*, nítido sofisma resultante do erro de raciocínio que é a *enumeratio imperfecta*. Com efeito, foi excluído deliberadamente da proposição em exame (o texto do § 1.º, do art. 17) a cláusula “Para efeito de promoção a desembargador”, que o argumento conclui que o membro do Ministério Público e o advogado que ingressa no Tribunal de Alçada, neste colegiado conservam a categoria que lhes abriu ingresso na magistratura. Assim, o absurdo que se atribui ao dispositivo impugnado só existe na interpretação que um sofisma de indução vicia e torna imprestável.

5. E também se sustenta que o dispositivo do § 1.º, do art. 17, da citada Resolução n.º 46, tem conteúdo que conflita com a regra do § 3.º, do mesmo art. 17 e com a norma do art. 19, também da mesma Resolução n.º 46.

Ao contrário do que está na assertiva, é fácil de se ver que os três dispositivos em exame não conflitam entre si, mas constituem um sistema harmônico de regras. Aqui, por passar despercebido aos ilustres autores da representação o exato e claro conteúdo da norma estabelecida no § 1.º, do referido art. 17, da Resolução n.º 46, a conclusão de que ela está em liça com outros dispositivos é resultado de sofisma material de dedução, viciador do raciocínio pela *ignoratio elenchi*.

A norma do § 1.º, do art. 17, em exame, estabelece uma ficção jurídica ao dispor que, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, os juizes do Tribunal de Alçada, que nele compuserem o quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público, conservam a categoria com que ingressaram naquele Tribunal. Sabido a não mais poder é que a ficção jurídica, como qualquer outra ficção, tem efeito de operar como *facto real, tantum operatur fictio in casu ficto quantum veritas in casu vero*.

Então se por força de ficção contida no § 1.º do art. 17, o membro do Ministério Público e o advogado com inscrição permanente na Ordem dos Advogados conservam, como integrantes do quinto do Tribunal de Alçada, essas qualidades que foram condição de ingresso naquele Tribunal, a regra em exame não se contradiz com exigência de lista constituída só de advogados ou exclusivamente de membros do Ministério Público (§ 3.º, do art. 17), nem colide com a outra exigência da inscrição permanente na Ordem dos Advogados. É que, pelo efeito da *fictio juris*, o integrante do quinto ou será membro do Ministério Público, ou será advogado com inscrição permanente na Ordem dos Advogados.

6. Ao pretender a declaração de inconstitucionalidade da cláusula final do art. 18,

da mesma Res. n.º 46, o que se objetiva é que os juizes componentes do quinto do Tribunal de Alçada, integrem, como os juizes de carreira que nele têm assento, a última entrância da carreira da magistratura.

Esta matéria é inteiramente autônoma da questão relativa à indigitação de inconstitucionalidade do § 1.º, do art. 17. Ainda que se entenda que este último dispositivo é inconstitucional nem por isso, por consequência, inconstitucional, também será a cláusula final do art. 18, cujo conteúdo é excluir os integrantes do quinto do Tribunal de Alçada da promoção, como juiz de carreira, ao Tribunal de Justiça. É que, se for tida como ineficaz a ficção jurídica por consequência da qual os componentes do aludido quinto são considerados, para o efeito restrito estabelecido na lei, membro do Ministério Público ou advogado, a consequência não será a de lhe atribuir a qualidade de juiz de carreira, que é o pressuposto constitucional à promoção ao cargo de desembargador.

Os ilustres representantes, membros do Ministério Público de Minas Gerais, não afirmam explicitamente a inconstitucionalidade da cláusula final do art. 18, da Resolução n.º 46, pois apenas de modo implícito o fazem quando sugerem a supressão da aludida cláusula ao argumento de que os integrantes do quinto no Tribunal de Alçada, magistrados que passaram a ser — e o são para todos os efeitos — terão acesso ao Tribunal de Justiça concorrendo nas listas reservadas aos seus colegas, magistrados de carreira. A esse argumento, acrescente-se, outro tem sido levantado, qual o de que, sendo os componentes do quinto do Tribunal de Alçada também juizes, não podem ter menores direitos que os outros do mesmo Tribunal, pela impossibilidade de discriminação entre os integrantes de uma mesma classe. A especiosidade dessa argumentação não esconde, como se procurará demonstrar, um raciocínio viciado pela falácia da composição.

Contra o entendimento que proclama que os componentes do quinto do Tribunal de Alçada têm o direito de serem promovidos, como juizes, ao Tribunal de Justiça se tem levantado argumentos alicerçados na evidente injustiça a que ele conduz. E, em verdade, isso ocorre. Lembre-se, em apoio à argumentação, que em Minas Gerais, onde o Tribunal de Alçada é composto de apenas nove membros, o juiz que nele ingressar, para a composição do quinto, se colocaria na lista de antiguidade para a promoção ao Tribunal de Justiça, à frente de cerca de trezentos juizes da magistratura de carreira do Estado, entre eles os muitos que contam mais de vinte anos de serviços prestados em difícil e sacrificante peregrinação pelas comarcas do interior.

Contudo, se essa situação de evidente injustiça aos juizes de carreira não recomendava que a lei a perfilhasse, não foi essa circunstância que informou a *intentio legis* da cláusula final do art. 18, da Resolução n.º 46, mas a inafastável imposição de dar à Organização Judiciária do estado conformidade com a letra e o espírito da Constituição Federal, quando estabeleceu a carreira da magistratura e fixou os princípios básicos de ingresso e de acesso nela.

De modo diverso do que era disposto na Constituição de 1946, que se referia ao ingresso na magistratura vitalícia (art. 124, III), a Constituição de 1967 (art. 136, I) em preceito repetido na Emenda Constitucional n.º 1 (art. 144, I) estabelece norma para o ingresso na magistratura de carreira, organizando-a em entrâncias (art. 144, II) com o último grau no Tribunal de Justiça (art. 144, III) e fixando os princípios básicos para a promoção de entrância a entrância (art. 144, II, *a, b e c*) e acesso final ao Tribunal de Justiça (art. 144, 2.ª e 3.ª partes do item III).

Induvidoso, portanto, que devendo ser, por força dos indicados dispositivos constitucionais, obrigatoriamente organizada em carreira a magistratura estadual, claro também

ficou que única forma de ingresso nessa carreira é a estabelecida na Constituição, ou seja o concurso público de provas, e de títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça com participação do Conselho Secional da Ordem dos Advogados, fazendo-se, quando possível, a indicação à nomeação em lista triplíce (art. 144, I).

Do exame dessas regras constitucionais a conclusão única é que o membro do Ministério Público, ou o advogado, nomeado para a composição do quinto do Tribunal de Alçada, porque integrantes deste Tribunal, são juízes com todas as garantias e prerrogativas que a Constituição e a Lei lhes conferir mas que, quanto à posição funcional, não serão juízes de carreira, porque nela não ingressaram pela única forma de ingresso constitucionalmente permitido, que é a fixada no já aludido item I, do art. 144, da Constituição.

Conclusivo, portanto, que se os juízes integrantes do quinto do Tribunal de Alçada são estranhos à carreira da magistratura porque nela não ingressaram, não podem ter oportunidade de integrar o Tribunal de Justiça, mediante promoção para as vagas nele reservadas como último grau daquela carreira.

Outra circunstância está a merecer consideração. Aberta vaga no último degrau de uma carreira, deve ela repercutir em todos os degraus inferiores, até atingir o inicial. No entanto, se for permitida a promoção do juiz integrante do quinto do Tribunal de Alçada para ocupar vaga de juiz de carreira no Tribunal de Justiça, não se abrirá nas entrâncias inferiores vaga para os juízes de carreira, pois que o preenchimento da vaga no Tribunal de Alçada haverá que se fazer por nomeação de advogado ou de membro do Ministério Público. Neste sentido é a lição de Pontes de Miranda, que, em seus comentários à Constituição de 1946, prediou que a pessoa que pertence ao quadro dos juízes não pode pretender promoção nos

quatro quintos (*in Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, p. 476).

Daí se vê que, não incluindo os juízes componentes do quinto do Tribunal de Alçada como integrantes da última entrância, que é o penúltimo grau da carreira da magistratura (Resolução n.º 46, art. 18, cláusula final), a Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais se curvou a uma imposição constitucional, porque servia de flagrante inconstitucionalidade a norma que, em frontal violação aos princípios da Constituição que organizam a carreira da magistratura estadual fixando-lhe regras de ingresso e acesso, fizesse incluir na última entrância dessa carreira os juízes componentes do quinto do Tribunal de Alçada.

De tudo o que ficou dito é que se demonstra que os nobres signatários da representação quando pretendem que os juízes que integram o quinto do Tribunal de Alçada concorram à promoção ao Tribunal de Justiça nas vagas reservadas aos juízes de carreira, argumentando que:

“Magistrados que passaram a ser — e o são para todos os efeitos — terão acesso ao Tribunal de Justiça concorrendo nas listas reservadas aos seus colegas, magistrados de carreira” (fls. 6 da Representação). Estão incidindo em um sofisma de sentido composto, em que a falácia da composição se mostra nítida quando dão sentido conjunto a duas categorias de magistrados que têm características diferentes — o juiz de carreira e o que não é de carreira — pelo que a argumentação a respeito de cada uma dessas categorias só pode ser verdadeira quando separadas.

7. Já se viu que o dispositivo do § 1.º, do art. 17, da Resolução n.º 46, indigitado de inconstitucionalidade, tem conteúdo de uma *factio juris*, que, para efeito de preenchimento de vagas do quinto do Tribunal de Justiça, atribui ao juiz do Tribunal oriundo do Ministério Público a qualidade de membro dessa classe e, ao que veio dos quadros da advocacia, a qualidade de advogado ins-

crito na Ordem dos Advogados. Logo, se a ficção jurídica opera como fato real, o componente do quinto do Tribunal de Alçada que compuser lista triplíce para a nomeação de desembargador em vaga reservada a membro do Ministério Público ou a advogado, não o fará como magistrado, mas como integrante de uma outra classe.

Então, não caberá argumentar que o dispositivo em exame é inconstitucional porque permite que a vaga reservada, no Tribunal de Justiça, a membro do Ministério Público ou a advogado, seja ocupada por um juiz. O que cabe perquirir é se a ficção jurídica é violadora da Constituição, por consubstanciar burla à determinação contida no inciso IV, do seu art. 144.

8. A Organização Judiciária, ao constituir o Tribunal de Alçada, criado com apoio na regra da letra *a*, do § 1.º, do art. 144 da Constituição, poderia dar-lhe a feição de um organismo estanque, no qual fossem fim de carreira os cargos reservados aos juízes, permissão que está implícita na primeira parte do item III, do mesmo art. 144 da Constituição, e no qual fossem, como devem ser e realmente o são, cargos isolados os reservados a membros do Ministério Público e a advogados.

Assim, a todos os juízes do Tribunal de Alçada ficaria vedado o acesso ou ingresso no Tribunal de Justiça. Aos juízes de carreira, porque esta teria fim com a promoção ao Tribunal de Alçada. E aos componentes do quinto porque, perdendo a qualidade de membros do Ministério Público e de advogados e não adquirindo a de juízes de carreira, lhes faltaria condição para o acesso por promoção, ou para o ingresso por nomeação.

Foi a experiência dos fatos e a longa meditação inspirada no interesse público que não recomendaram tal solução.

O princípio constitucional, da reserva, em qualquer Tribunal, de um quinto do número de seus cargos, para preenchimento por

membros do Ministério Público e advogados, não foi estabelecido com objetivo de favorecimento dessas classes de eminentes profissionais do Direito, propiciando-lhes oportunidade de exercício do alto cargo e das elevadas funções da magistratura do grau superior. Não foi um interesse de ordem privada, senão de ordem pública, que fundamentou o princípio, pelo qual se abre nos Tribunais estaduais de segunda instância, portas ao recebimento daqueles que se prepararam para a magistratura, com experiência e cultura jurídica sedimentada no dia a dia de uma vida profissional intensa e policrônica, democratizando a composição dos Tribunais (Paulino Jacques, in *Curso de Direito Constitucional*) ou lhes trazendo sangue novo, a exemplo da atuação de Pedro Lessa no Supremo Tribunal (José Duarte, in *A Const. Bras. de 1946*), o que somente se alcançará atraindo-se para os Tribunais, à lembrança de como se procede na Inglaterra (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, § 70), os membros do Ministério Público e advogados de nomeada.

9. O Tribunal de Alçada é um Tribunal inferior (Constituição Federal, art. 144, § 1.º, *a*). Nem por isso há que se admitir que aos seus membros, juízes de carreira ou os componentes do quinto, não se exijam os mesmos títulos exigidos para o acesso ou ingresso no Tribunal de Justiça, o que aliás é expresso na Constituição, no que se refere aos componentes do quinto, que exige, para todos eles, os mesmos requisitos de notório merecimento e idoneidade moral e o tirocínio de dez anos de prática forense (art. 144, inc. IV).

Fosse o Tribunal de Alçada um organismo estanque, sem possibilidade de promoção para os seus juízes de carreira e sem possibilidade, para os componentes do quinto, de acesso ao Tribunal de Justiça, impossível seria constituir-lo com as mais altas expressões da magistratura de carreira, do Ministério Público, ou da advocacia. É que,

assim como o juiz de carreira, colocado no topo da lista de antiguidade ou cômico de seus méritos para o acesso a qualquer dos Tribunais (Constituição Federal, art. 144, III) não aceitaria truncamento de sua carreira resultante do seu acesso ao Tribunal de Alçada, também a membro do Ministério Público ou o advogado que já tivesse alcançado, em longa prática profissional, a nomeada que lhe atribuisse título para ingresso no Tribunal de Justiça, não aceitaria a sua convocação para o Tribunal hierarquicamente inferior.

Então, inevitável seria um Tribunal de Alçada constituído de juizes que não seriam as mais altas expressões da magistratura de carreira, nem do Ministério Público, nem da advocacia. O que, evidentemente, não consultaria o interesse público, como também não consultaria os altos interesses da administração da Justiça o truncamento aos juizes do Tribunal de Alçada, que nele revelassem pendores e méritos elevados, do ingresso no mais alto colégio judiciário do estado.

Daí porque, como já se assinalou, foi da experiência dos fatos e da meditação inspirada no interesse público que, ao constituir o Tribunal de Alçada, a Organização Judiciária de Minas Gerais estabeleceu, por ficção jurídica, que os seus juizes, que nele compuserem o quinto de seus cargos reservados a advogados e membros do Ministério Público, conservarão, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal (Resolução n.º 46, art. 17, § 1.º).

E, assim, determinando em relação aos juizes do quinto do Tribunal de Alçada, não incidiu a Organização Judiciária numa discriminação, pois que, em relação aos seus juizes de carreira, também em atendimento ao mesmo interesse público, estabeleceu outra ficção jurídica, por efeito da qual o juiz promovido àquele Tribunal manterá sua posição na lista de antiguidade para a promoção ao Tribunal de Justiça (Resolução n.º 46, art. 43, § 2.º), constituindo, junta-

mente com os juizes de entrância especial e os juizes substitutos de 2.ª instância, a última entrância para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça (Resolução n.º 46, art. 18).

10. Não está em debate a questão da constitucionalidade das regras permissivas da promoção ao Tribunal de Justiça de Juiz de carreira com assento no Tribunal de Alçada. O que se argüi é a inconstitucionalidade do dispositivo contido no § 1.º, do art. 17, da Resolução n.º 46, que estabelece que os juizes daquele Tribunal, integrantes do quinto, conservam, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram no mesmo Tribunal.

Mas a norma, ditada pelo interesse público, como se viu, não ofende o dispositivo do inc. IV, do art. 144, da Constituição Federal, nem em sua literalidade nem em seu espírito.

Não é regra constitucional violada em sua literalidade porque, com clareza e sobriedade esclareceu o ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas informações que prestou para instruir a representação em que se argüiu a inconstitucionalidade do art. 11, § 5.º, do Código de Organização Judiciária daquele estado.

“Juizes, inegavelmente juizes, os representantes da advocacia e do Ministério Público guardam funcionalmente a origem para as vagas que abrem, como vimos, e assim tanto continuam que só podem ser substituídos por outros representantes da mesma procedência. Manifesto, portanto, que conservam a condição anterior. Manifesto, por consequência, que na mesma condição podem ser incluídos em lista para preenchimento de vaga no Tribunal de Justiça.”

O que se disse nas aludidas informações, e ficou transcrito, não se diria melhor. Se pela literalidade do dispositivo constitucional o advogado ou membro do Ministério Público, integrante do quinto do Tribunal de Alçada, conserva essa condição para efei-

to de preenchimento de sua vaga no mesmo Tribunal, contra a literalidade do mesmo dispositivo constitucional não pode ser a regra afirmativa de que condição também é conservada para efeito de integrar o juiz na lista para preenchimento de vaga no Tribunal de Justiça.

Nem é a Constituição, pelo seu citado dispositivo, ferida em seu espírito, e da demonstração disso se encarregou, com mestria o ilustre Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas citadas informações prestadas a esse eg. Supremo Tribunal, quando, depois de discorrer sobre os objetivos da norma constitucional, que instituiu o quinto de vagas de qualquer Tribunal para preenchimento por advogados e membros do Ministério Público, afirmou, em excelente súmula, que o que se confirma é o propósito reiterado de que se quer a experiência do profissional da advocacia, do profissional do Ministério Público, não o título, não a forma vazia. E esse espírito da Constituição não resulta violado, mas ao contrário respeitado, quando a norma legal ordinária estabelece que aquelas condições existentes no ingresso no Tribunal de Alçada são conservadas para o ingresso no Tribunal de Justiça.

Essas as informações, as quais podem com vantagem ser suplementadas pelas que já foram prestadas pelo Exmo. Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em representação de análogo conteúdo e respeitante ao Código de Organização Judiciária daquele estado, que tenho a honra de prestar a V. Exa., servindo-me da oportunidade para reiterar os protestos de minha respeitosa estima e de alta admiração" (fls. 18-29).

Por último, o eminente Procurador-Geral da República após fiel resumo da matéria debatida, passou a emitir o seguinte pronunciamento:

"Não temos dúvida em afirmar a inconstitucionalidade flagrante do § 1.º do art. 17 da Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pelo qual os juízes

do Tribunal de Alçada que nele compuserem o quinto conservarão, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal.

Já a demonstramos em longo parecer que emitimos na Rp n.º 879 — Rio Grande do Sul, em que é relator o Exmo. Sr. Ministro Antonio Neder. Para não repetirmos o que ali expusemos, anexamos, ao presente, xerocópia daquele parecer, cujas razões se tornam parte integrante deste.

A tudo o que já escrevemos a respeito, há apenas, que fazer alguns aditamentos.

Pretende o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que seja constitucional criar, em Resolução, a ficção legal de que, para o efeito de promoção a desembargador, os juízes do Tribunal de Alçada pelo quinto conservam a qualidade que tinham ao ingressarem nele, ou seja, de advogados ou de membros do Ministério Público.

A inconsistência do argumento é manifesta. Se o preceito constitucional (art. 144, IV, da Emenda Constitucional n.º 1) exige que

"na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos de prática"

"os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice", é de toda evidência que, nessa lista tríplice, só constem nomes de advogados ou de membros do Ministério Público que o sejam, realmente, no momento de sua feitura. Se é inconstitucional a resolução que pretenda que esse quinto seja integrado por magistrado, como se poderá considerar constitucional a resolução que objetiva o mesmo fim, através da declaração de que o magistrado, para esse efeito, não é magistrado, mas, sim, advogado ou membro do Ministério Público?

A inconstitucionalidade existe toda vez em que a lei, direta ou indiretamente, viole preceito constitucional. Não fora assim, e teríamos que, sob o império da Constituição de 1967, que, sem exceção, proibia acesso a primeiro cargo de carreira sem concurso, seria constitucional a lei ordinária que, por *fictio juris*, considerasse, como concursados para esse efeito, todos aqueles que tivessem concluído, com aprovação, o quarto ano primário...

Para sustentar a constitucionalidade da ficção existente em sua Resolução, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se utilize de sofisma contido nas informações do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Juizes, inegavelmente juizes, os representantes da advocacia e do Ministério Público guardam funcionalmente a origem para as vagas, que abrem, como vimos, e assim tanto continuam que só podem ser substituídos por outros representantes da mesma procedência. Manifesto, portanto, que conservam a condição anterior. Manifesto, por consequência, que na mesma condição podem ser incluídos em lista para preenchimento de vaga no Tribunal de Justiça”.

Para a construção desse raciocínio, considera-se que o fato de a vaga ter de ser ocupada por quem ao preenchê-la seja advogado ou membro do Ministério Público atribui ao ocupante dela a continuidade dessas qualidades, tanto que só poderá ser substituído por outro advogado ou membro do Ministério Público. O erro é manifesto. Para que não se desvirtue o princípio do quinto constitucional, é necessário que se estabeleça, com relação ao mesmo Tribunal, que há vagas (4/5) que só podem ser preenchidas por juizes, e outras que só podem sê-lo por advogados ou membros do Ministério Público (1/5). De outra forma, o princípio do quinto não poderia ser observado. Se se aposentarem dez juizes, haverá o acesso a dez outros, num Tribunal, sem que nele possa ingressar advogado ou membro do Mi-

nistério Público, porque os ocupantes das vagas destinadas a estes continuam no Tribunal e, portanto, permanece preenchido o quinto constitucional. Mas essa circunstancial. Mas essa circunstância não implica, como é evidente, que o ocupante das vagas do quinto permaneça como advogado em efetivo exercício, ou membro do Ministério Público.

Desse sofisma deriva outro: se o juiz do Tribunal de Alçada pelo quinto constitucional puder ser promovido ao Tribunal de Justiça como magistrado, desvirtuada ficará, neste, a composição de seu quinto.

É óbvio que não. O quinto, no Tribunal de Justiça, só pode ser preenchido por quem, no momento da nomeação, seja advogado em efetivo exercício ou membro do Ministério Público. Juiz do Tribunal de Alçada — íntegro ou não o quinto deste — é magistrado, só poderá ter acesso ao Tribunal de Justiça como magistrado. É sofisma, pois dizer-se que, assim, se desvirtua o princípio do quinto. Para que este princípio se respeite, o que é mister é a qualidade no momento da composição da lista tríplice para a escolha da nomeação. Ora, nesse instante, é inequívoco que o juiz do Tribunal de Alçada — qualquer que seja a sua origem — é magistrado, e, não, advogado ou membro do Ministério Público. A evidência disso dispensaria maiores considerações. Mas, para que se espanquem dúvidas — se é possível tê-las — há um argumento, retirado de texto constitucional, que não se pode ladear. Reza o art. 121 da Emenda Constitucional n.º 1:

“O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de treze ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, que satisfaçam os requisitos do parágrafo único do art. 118.”

Portanto, na composição do Tribunal Federal de Recursos, há oito Ministros que,

quando da nomeação, devem ser magistrados, e cinco cuja origem é a advocacia ou o Ministério Público.

Com que qualificação poderá ingressar, no Tribunal Federal de Recursos, um juiz de Tribunal Estadual que neste integre o quinto? Como magistrado? Como advogado? Como membro do Ministério Público? Ninguém poderá pretender que ele não seja magistrado; como ninguém poderá pretender que seja ele advogado ou membro do Ministério Público. Portanto, o seu ingresso — e é, pelo que sabemos, o que tem ocorrido — só se poderá dar como magistrado. Haverá alguém que possa pretender que com isso se desvirtuou a composição do Tribunal Federal de Recursos? Haverá alguém que possa pretender que o juiz de Tribunal Estadual pelo quinto não possa ser nomeado para o Tribunal Federal de Recursos? É claro que não, até porque seria o cúmulo do absurdo que um desembargador pelo quinto pudesse ser Ministro do Supremo Tribunal Federal, mas não pudesse sê-lo do Tribunal Federal de Recursos!

Demonstrada, pois, à evidência, a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 17 da Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, passemos à análise da representação, no tocante às expressões impugnadas nos arts. 18 e 19 do mesmo diploma legal.

Se for declarada a inconstitucionalidade do referido § 1.º, ficarão, por via de consequência, sem objeto as ressalvas a ele contidas nos arts. 18 e 19 da Resolução. Continuaria, porém, de pé a questão de saber se é constitucional, ou não, a promoção, como magistrados, ao Tribunal de Justiça, de juizes do Tribunal de Alçada que, neste, integrem o quinto. Daí, o motivo da arguição de inconstitucionalidade das expressões dos arts. 18 e 19, que, por via de consequência, ficariam sem objeto. Com isso, pretende-se a declaração de que é inconstitucional vedar a esses juizes a possibilidade de acesso ao Tribunal de Justiça, através da promoção a

que alude o art. 144, III, da Emenda Constitucional n.º 1.

Também quanto a essa vedação não temos dúvida de sua inconstitucionalidade.

Reza o inc. III do art. 144 da Constituição Federal:

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

As alusões a “o acesso aos Tribunais de segunda instância” (note-se o plural) e a “antiguidade apurar-se-á na última entrância, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça” indicam, sem sombra de dúvida, que esse artigo da Constituição leva em conta a possibilidade de, no Estado, haver pluralidade de Tribunais de segunda instância: um Tribunal de Justiça e um ou mais Tribunais de Alçada.

Apesar disso, e esse dispositivo constitucional não faz qualquer distinção entre juiz que ingressou, por concurso, na magistratura de carreira, e juiz que ingressou na carreira da magistratura pelo princípio constitucional do quinto. Ambos, como demonstramos exaustivamente no parecer que emitimos na representação de inconstitucionalidade n.º 879 — Rio Grande do Sul, e que anexamos ao presente, como parte integrante deste — são juizes; pertencem à mesma carreira, já que não há texto algum que permita considerar os integrantes do quinto como juizes classistas, que, em verdade, não são. Não há qualquer texto na Constituição que declare que os juizes ou desembargadores pelo quinto ocupam cargos isolados, e que, portanto, se encontrem im-

pedidos de integrar a carreira da magistratura. Poder-se-ia, é certo, pretender que o inc. I do art. 144 da Emenda Constitucional n.º 1 permite fazer a distinção entre os juizes concursados e juizes integrantes do quinto, para efeito de promoção, pelo fato de, ao se referir ao ingresso daqueles na magistratura, empregar a expressão “magistratura de carreira”. Estabelece esse dispositivo:

“O ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso público de provas e títulos, realizado pelo Tribunal de Justiça, com participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, a indicação dos candidatos far-se-á, sempre que possível, em lista tríplice.”

Esse texto, porém, não tem, manifestamente, esse alcance. A expressão “ingresso na magistratura de carreira”, foi utilizada, apenas, para indicar que o ingresso na primeira instância (e, portanto, no início da carreira) se fará, sempre, por concurso público de provas e títulos. Isso se fez para não se cair na impropriedade em que incidia a Constituição de 1946 que, no art. 124, inc. III, estabelecia que

“o ingresso na magistratura vitalícia dependerá de concurso de provas, organizado pelo Tribunal de Justiça com a colaboração do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, e far-se-á a indicação dos candidatos, sempre que for possível, em lista tríplice”.

Com efeito, a frase “o ingresso na magistratura vitalícia dependerá de concurso de provas” era absolutamente imprópria pelo fato de que, pouco adiante, do inc. V do mesmo artigo, a Constituição Federal de 1946 admitia que, pelo quinto, houvesse ingresso na magistratura vitalícia, sem que dependesse de concurso de provas.

Nem se pode pretender, por outro lado, que o inc. III do art. 144 da Emenda constitucional n.º 1 (que é o que trata do acesso a qualquer Tribunal de segunda instância) só se aplique — como sucede com os

incs. I e II do mesmo artigo, os quais, pela natureza das coisas, não podem aplicar-se a juizes do quinto constitucional — a juizes concursados. Os dois primeiros incisos dizem respeito apenas a juizes de primeira instância, para cujo ingresso é indispensável concurso, pois não há, nesse caso, a exceção do quinto. Já o inc. III alude a hipótese diversa: o acesso ao Tribunal de segunda instância, quer por juizes de primeira instância, quer por juizes da segunda instância que integrem o Tribunal de Alçada. E nesse inc. III não há qualquer distinção entre o juiz concursado ou o juiz integrante do quinto constitucional. A circunstância de o princípio do quinto vir disciplinada somente no inc. IV desse art. 144 não quer dizer que o acesso de que trata o inc. III só se aplica a juiz concursado. Como o inciso III trata, também, do acesso ao Tribunal de Alçada, por via de promoção, era lógico que ele antecederesse ao inciso onde se estabelece o ingresso — inclusive no Tribunal de Alçada — pela exceção do quinto.

Mas, o que afasta qualquer dúvida em contrário, é o princípio de que, em matéria de interpretação — principalmente a de norma constitucional concernente a prerrogativa de magistrados — só se pode restringir o alcance dos termos empregados na Constituição, quando a *mens legis* manifestamente impõe a necessidade da restrição. Não se estabelecem restrições, apenas por colocação de incisos, onde a Constituição não restringe nem distingue.

E à interpretação lógica — que é a única, que permitiria chegar a restrição de tal ordem — repugna essa distinção entre o juiz concursado e juiz não concursado, para efeito de acesso, por promoção, ao Tribunal de Justiça. A Constituição distinguiria por que num caso houve concurso e noutro não? Que dizer, então, do ingresso nos Superiores Tribunais Federais — inclusive no Supremo Tribunal Federal — onde processa ele por concurso?

Se o inc. III do art. 144 da Emenda Constitucional n.º 1 não faz qualquer distinção

entre juiz concursado e juiz integrante do quinto do Tribunal de Alçada, nem tampouco estabelece que os cargos destes juizes é isolado, razão por que não poderiam ser promovidos, como é que se poderá pretender fazer, sem qualquer motivo de interpretação lógica que o autorize — uma distinção que a Constituição não faz, e distinção para restringir prerrogativas de magistratura?

Pelo contrário, a interpretação lógica está a indicar que não pode haver diferença dessa ordem, para efeito restritivo. Se o juiz de Tribunal de Alçada pelo quinto poderá ser Ministro do Tribunal Federal de Recursos, ocupando vaga de magistrado, qual a razão para impedi-lo de, como magistrado, ter acesso a desembargador de Tribunal de Justiça? No sistema da Constituição Federal, a escolha da magistratura dentre pessoas que preencham requisitos de idade, idoneidade e saber, prevalece, manifestamente, sobre o concurso de títulos e provas. Tanto assim que o ingresso em Tribunal Superior Federal é apenas por escolha. Só para a Justiça Federal de Primeira Instância é que há a seleção por concurso. Como, então, pretender-se que concurso de ingresso em carreira vá atribuir a juizes que assim entraram nela, prerrogativas que, sem texto expresso, se retiraram daqueles cujo acesso se faz pelo sistema prevalecente na Constituição Federal?

São dignas de ponderações, pela verdade que encerram, estas palavras de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969, III/436*):

“A carreira objetivamente considerada pertencem quaisquer pessoas que hajam ingressado no grau objetivamente inicial, ou em grau objetivamente intercalar ou Superior, se a carreira supõe a integração no grau intercalar ou no Superior, com todas as conseqüências.

A carreira subjetivamente considerada pertence quem ascendeu, dentro dela; portanto, sem vir de fora.

O membro do Ministério Público ou o advogado que foi eleito desembargador pertencer à carreira objetivamente considerada, posto que, subjetivamente, não tenha ele feito a carreira.”

Por tudo isso é que o art. 111 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Guanabara declara expressamente:

“Os juizes de direito do quinto do Tribunal de Alçada integram a carreira da magistratura, figurando, na ordem de antiguidade, imediatamente abaixo do juiz de direito menos antigo à época das suas nomeações.”

Por conseguinte, e em face da exaustiva demonstração feita no item anterior, somos de parecer que a vedação contida na parte final dos arts. 18 e 19 da Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais viola o inc. III do art. 144 da Emenda Constitucional n.º 1.

Em síntese, manifesta-se esta Procuradoria-Geral pela inconstitucionalidade dos textos impugnados na presente representação” (fls. 35-46).

Distribuem-se cópias deste relatório com os eminentes Ministros (art. 177 do Regimento Interno).

VOTO

*O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator):* As regras acoimadas de inconstitucionais, constantes dos arts. 17, § 1.º, 18 e 19, da Resolução n.º 46, de 29.12.70, do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, apresentam o seguinte teor:

“Art. 17. *Omissis*...”

§ 1.º Os juizes do Tribunal de Alçada que nele compuserem o quinto referido no art. 16 desta Resolução, conservarão, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal.”

“Art. 18. Para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça, a última entrância compreenderá os juízes de entrância especial, os juízes substitutos de segunda instância e os juízes do Tribunal de Alçada, ressalvado o disposto no § 1.º do artigo anterior.”

“Art. 19. Para a vaga reservada a advogado, o candidato deverá contar mais de 35 anos e menos de 55 anos de idade, bem como ter inscrição permanente na Ordem dos Advogados com a mesma ressalva do artigo anterior.”

Sustentam os representantes que a regra inserta no citado § 1.º, ao estabelecer que os integrantes do quinto na composição do Tribunal de Alçada, conservam o *status* de membro do Ministério Público ou de advogado para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, vulnera o art. 144, inc. IV, da Constituição Federal, que dispõe *in verbis*:

“Na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com 10 anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista triplíce.”

Consoante ficou esclarecido no relatório, emprestam ênfase a exigência constitucional “em efetivo exercício da profissão”, de “alto sentido pedagógico, pela experiência diversificada que cada uma das duas classes pode dar ao Tribunal”. “Magistrados que passaram a ser — e o são para todos os efeitos — terão acesso ao Tribunal de Justiça concorrendo nas listas reservadas aos seus colegas, magistrados de carreira”.

Acrescentam que, via da consequência, as locuções “ressalvado o disposto no § 1.º do artigo anterior” (art. 18), e “com a mesma

ressalva do artigo anterior” (art. 19), também padecem de inconstitucionalidade.

O eminente Procurador-Geral da República manifestou-se, a final, pela procedência da arguição.

A partir da Constituição Federal de 1946, temos princípio permissivo da criação de Tribunais de Alçada (art. 124, inc. II; Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, art. 18; Constituição de 1967, art. 136, § 1.º, letra a; Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 144, § 4.º, letra a). Assim, pela ordem cronológica, temos Tribunais de Alçada em São Paulo (1951), Guanabara (1964), Minas Gerais (1965), Paraná, Estado do Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul (1971).

O Poder Judiciário, ao exercer o controle da constitucionalidade da lei, há de atentar bem para certos princípios de natureza cautelar. Assim, antes de tudo, faz-se mister que a lei inquinada de ilegítima, na verdade se contraponha, de modo manifesto, a princípio da Lei Magna. A inconstitucionalidade não se presume, há de provir de uma demonstração incontrovertida, irrecusável.

Tenho para mim que a Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais (Resolução n.º 46, de 29.12.70) não contradiz a Constituição Federal em vigor. Ao estabelecer que os juízes componentes do quinto Tribunal de Alçada “conservarão, para efeito de preenchimento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal” (§ 1.º do art. 17), erigiu uma razoável escolha, baseada inclusive numa admirável experiência, bem aceita e aprovada pelos bons resultados ao longo de dois decênios no Estado de São Paulo. Na lei paulista que criou o Tribunal de Alçada ficou estabelecido que, “para o efeito de promoção para o Tribunal de Justiça, serão considerados da mais alta entrância os juízes do Tribunal de Alçada” (art. 5.º da Lei n.º 1.162, de 21.7.51). De modo semelhante estatuiu o parágrafo único do art. 101, do Código Judiciário do Estado de São Paulo

(Decreto-lei complementar n.º 3, de 27.8.69). Na aplicação desses dispositivos tem-se entendido, sistematicamente, que os membros do “quinto” do Tribunal de Alçada, concorrem ao Tribunal de Justiça na mesma categoria com que ingressaram naquele Tribunal. Portanto, membros do “quinto” do Tribunal de Alçada concorrem para o “quinto” do Tribunal de Justiça.

A escolha desse critério, em princípio, assenta num meditado juízo de conveniência, que afasta as desvantagens oriundas de outras soluções. Se admitido, por exemplo, o Tribunal de Alçada como órgão final de carreira de modo a privar o acesso dos seus juízes, seja os de carreira, quer os investidos em razão do quinto, ao Tribunal de Justiça, ter-se-ia, não resta dúvida, uma solução passível de censura. Isto porque estaria a impedir natural ambição do juiz de um Tribunal inferior de segunda instância (art. 144, § 1.º, letra *a*, da Constituição Federal), de galgar o Tribunal de Justiça, órgão de categoria superior. Tanto isso é certo que em nenhum dos Tribunais de Alçada, até agora criados, foi adotado tal sistema.

Por ser também desarrazoado o critério de se permitir a promoção ao Tribunal de Justiça, exclusivamente dos magistrados de carreira componentes do Tribunal de Alçada, deixando à margem os integrantes do quinto, oriundo da advocacia e do Ministério Público, é que em relação a nenhum dos oito Tribunais existentes foi adotada semelhante solução.

Juiz, não obstante a origem, justa e legítima é a aspiração do advogado e do membro do Ministério Público, complementando um tribunal inferior de segunda instância, de ter acesso ao órgão superior do Poder Judiciário do Estado.

No Estado da Guanabara, diante de uma situação peculiar, isto é, a existência de uma só entrância, ficou assentado no art. 111 do Código de Organização e Divisão Judiciárias:

“Os juízes de direito do quinto do Tribunal de Alçada integram a carreira da magistratura, figurando, na ordem de antiguidade, imediatamente abaixo do juiz de direito menos antigo à época das suas nomeações.”

Tal critério não me parece feliz, pelo menos nos estados em que existem várias entrâncias, como acontece em Minas Gerais, onde há três, além da entrância especial.

Não devemos esquecer que, com o crescimento das atividades forenses, a exigir a ampliação dos órgãos judicantes, através de modificações nas organizações judiciárias dos estados, não é de se admitir maior rigidez nos preceitos que emanam da Constituição Federal. Impõe-se uma exegese flexível, ao lado de uma interpretação construtiva da lei ordinária, permitindo-se aos estados certa liberdade na organização da sua Justiça, salvo, é óbvio, afronta manifesta à Lei Maior. Acolhendo essa compreensão, é perfeitamente admissível que os juízes de um Tribunal inferior de segunda instância possam ter acesso ao Tribunal de Justiça, como Tribunal Superior, a quem incumbe propor a criação de outros órgãos, inclusive o Tribunal de Alçada (art. 144, § 1.º, letra *a*, da Constituição Federal). Ao demais, não há na Lei Maior qualquer disposição vedando o acesso dos juízes do Tribunal inferior de segunda instância ao Tribunal de Justiça. Se o legislador constituinte tivesse a intenção de deixar o Tribunal de Alçada como órgão estanque, no qual esbarrariam os juízes, sejam os de carreira, quer os componentes do quinto, teria sido expresso. Se assim não se comportou, resta uma interpretação mais arejada, de conteúdo mais salutar, a permitir a natural pretensão do juiz alcançar o cimo do Poder Judiciário do estado-membro.

A meu ver, as regras ínsitas no art. 144, inc. II, letras *a*, *b* e *c*, do Diploma Básico, disciplinadoras da promoção dos juízes estaduais, não são de tal porte a impedir a promoção do magistrado integrante do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça.

Com alevantado objetivo, entendeu o constituinte que na composição dos Tribunais participassem não só os magistrados de carreira, mas também juristas egressos da advocacia e do Ministério Público, na proporção de 1/5. Quis, não resta dúvida, conjugar as qualidades do juiz de carreira com a experiência vivida pelos profissionais da advocacia e do Ministério Público. A literalidade do inc. IV, do art. 144, da Lei Magna, não deve, por si, dirigir o pensamento do exegeta. O Professor Paulo Brossard, no memorial que apresentou para Rp n.º 879, do Rio Grande do Sul, bem frisou o sentido finalístico do preceito, ao tecer as seguintes considerações:

“Se a Constituição quer, como efetivamente quer, que 1/5 dos componentes do Tribunal seja escolhido dentre juristas com experiência efetiva na advocacia, e não apenas bacharéis, e com experiência real como fiscais da lei, a passagem pelo Tribunal de Alçada não apaga essa experiência, não desfaz o tirocínio duramente granjeado pelo profissional da advocacia ou pelo agente do Ministério Público. Outrossim, se a Constituição quer como efetivamente quer, que 4/5 do órgão seja recrutado dentre juristas que, na arte de julgar, se fizeram profissionais e nela acumularam a sua experiência, a passagem pelo Tribunal de Alçada, da mesma forma que não teria a virtude de apagar a antiga experiência profissional, não teria a virtude de conferir a longa experiência judicial, que não é apenas o aprimoramento na arte de julgar, mas também a familiaridade com as complexas e relevantes atribuições de natureza administrativa, da Administração cartorária, da disciplina dos serventários, e quanta coisa mais, que o juiz tem de superintender como juiz da comarca e diretor do foro, experiência que se não adquire em segunda instância, mas que em segunda instância se requer em grau

sumo, dadas as atribuições que tem o Tribunal de Justiça sobre todo o aparelho judiciário do estado.

De modo que ver no juiz egresso do Ministério Público ou saído da advocacia, porque investido na Alçada “um juiz como outro qualquer”, para servir-se de expressões do parecer do douto Procurador-Geral da República, importaria em dar mais relevo à aparência do que à realidade, à forma do que à substância.”

Ora, tanto o advogado como o membro do Ministério Público que complementam o quadro de um Tribunal são juizes. Mas, guardam a origem; quanto à sua posição funcional continuam “estranhos”, para usar expressão de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição da República*, 1934, vol. II, p. 18, e *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969*, tomo IV, p. 320). Em razão disso, somente por outro jurista da mesma categoria é que podem ser substituídos, sob pena de violação da imperativa exigência do quinto. Acresce que o juiz oriundo do quinto, conforme a observação feliz do ilustre Desembargador Manoel Brustoloni Martins, Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “conserva a experiência específica que o recomendou e conduziu ao Tribunal de Alçada. Pela mesma experiência, a par de suas qualidades comprovadas, natural que vá ainda enriquecer e abri-lhantar os trabalhos do Tribunal de Justiça”.

Aliás, não devemos esquecer que apenas concorrerá à promoção para o Tribunal de Justiça, ao lado de advogados ou membros do Ministério Público, conforme o caso. E mais, ficará sujeito à indicação na lista triplíce pelo Tribunal de Justiça, e à escolha pelo governador do estado, em igualdade de condições com os demais concorrentes.

Conveniente e razoável, sem mácula de inconstitucionalidade, afigura-se-me a concorrência dos componentes do quinto do Tribunal de Alçada, na mesma condição,

para preenchimento de vaga no Tribunal de Justiça.

Reprovável seria situar os membros do "quinto" na posição de magistrados de carreira, sem que tivessem prestado concurso público de provas e títulos, sem que houvessem atingido o Tribunal de Alçada mediante promoção de entrância a entrância, segundo os mandamentos contidos no art. 144, incs. I, II e III, da Constituição Federal, como pretendem os autores da representação. Isso sem falar na quebra da proporção de 1/5, em detrimento dos 4/5 reservados aos magistrados de carreira (inc. IV, do art. 144). Ao intérprete cabe ficar atento para que não se enfraqueça a finalidade da norma constitucional, de conjugar, dentro de certa proporção, a vivência de magistrados de carreira e de advogados e membros do Ministério Público. Impõe-se preservar a ordem das partes constitutivas de todo, em resguardo de uma intangibilidade de natureza constitucional, voltada inclusive, para as justas aspirações e expectativas dos magistrados de carreira.

Visando uma elevada solução política, na sua exata acepção, a Resolução n.º 46, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, estabeleceu para o efeito de promoção ao cargo de desembargador, que o advogado e o membro do Ministério Público componentes do Tribunal de Alçada, conservam a categoria que proporcionou o seu ingresso neste Tribunal. Com isso, teve presente, inclusive, que o quinto é sempre preenchido pelo critério do merecimento.

Cuida-se, vale repetir, de uma construção que não vulnera o preceito do invocado art. 144, inc. IV, da Carta Política. É que a promoção do Tribunal de Justiça, desses juízes estranhos à carreira, deve ser compatível com o critério e a própria finalidade por que ascenderam ao Tribunal de Alçada. Concorrendo com advogados ou membros do Ministério Público, se promovidos, o seu lugar será preenchido por jurista da mesma categoria, conciliando-se assim, tanto no Tri-

bunal de Justiça como no de Alçada o processo especial de 1/5 dos lugares fixado na Lei Maior.

Com estas considerações, perquirindo a última *ratio* das normas constitucionais adequadas ao caso, e atentando bem para a legítima construção do legislador ordinário, arrimado nos critérios de utilidade, conveniência e justiça, não vejo como acolher a arguição de que o § 1.º do art. 17 e os arts. 18 e 18, *in fine*, contradizem a Constituição Federal. Julgo improcedente a representação.

#### VOTO

*O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim:* Sr. Presidente, nada poderia acrescentar ao voto do eminente Relator, Ministro Djaci Falcão, nesta representação de Minas Gerais. Mas peço vênica para fazer uma referência à orientação pragmática que foi tomada ao criar-se o primeiro Tribunal de Alçada no Brasil.

Quando os que cuidaram de estruturar esse primeiro Tribunal de Alçada, tiveram de examinar os textos da Constituição, encontraram apenas a autorização para que os estados criassem Tribunais de Alçada inferiores. E o legislador constituinte não foi além. Não estruturou esses Tribunais. Não disse como se inseririam eles no quadro da organização judiciária dos estados e deixou assim a critério do legislador estadual preencher essas lacunas.

Três hipóteses, então, se apresentaram. A primeira seria a de buscar a conciliação do texto constitucional que permite a criação de Tribunais de Alçada com o texto constitucional que estabelece uma carreira na magistratura vitalícia, com ingresso através de concurso, com promoção alternada por merecimento e antiguidade de entrância a entrância, até que, da mais alta entrância se seguisse ao Tribunal de Justiça. Pareceu que seria inadequado classificar Tribunais de segunda instância como entrância que, tradicionalmente, é a denominação com que se

classificam Comarcas, e então se poderia — conciliação rigorosamente ortodoxa — chegar à conclusão de que os Tribunais de Alçada seriam fim de carreira. Nela ingressariam membros do Ministério Público e advogados, pelo quinto, e juízes em 4/5, e aí se encerraria a carreira desses magistrados, já que não haveria uma entrância para permitir acesso ao Tribunal de Justiça.

Esta solução, que nenhum texto constitucional repudia e ainda hoje poderá ser adotada, oferecia notáveis inconvenientes: levaria aos Tribunais de Alçada juízes desestimulados de promoção aos Tribunais de Justiça; levaria, também, aos Tribunais de Alçada, “juristas de menor tomo”, do Ministério Público e da advocacia; outros se recusariam a ingressar nos Tribunais de Alçada, porque aspirariam, como juristas melhores, o acesso ao Tribunal de Justiça. E esses Tribunais de Alçada, já, hoje, têm uma altíssima função, porque, embora na Organização Judiciária se considerem Tribunais inferiores aos Tribunais de Justiça, não são Tribunais que se limitam a julgar causas de pequeno valor. A autorização constitucional, hoje, permite que se lhes atribuam causas de altíssima relevância, como julgamento de todas as questões fiscais e julgamentos de desapropriações. E, evidentemente, não poderiam ser Tribunais de qualificação inferior, constituídos de juízes desestimulados, ou por terem, seus membros, menores qualidades intelectuais.

A idéia, portanto, de transformar o Tribunal de Alçada em fim de carreira, não parecia muito feliz.

A outra, seria a de fazer com que os juízes do chamado “quinto constitucional”, que ingressassem no Tribunal de Alçada, passassem a pertencer à magistratura. Mas, aí, haveria texto da Constituição que se oporia a esse critério. Haveria algo de inconciliável em considerar que há uma carreira de magistratura, que 4/5 dos Tribunais devem compor-se de membros desta carreira da magistratura — e carreira pressupõe acesso de degrau a degrau — e considerar que na-

la ingressavam, pelo último posto, juízes que não tivessem participado da carreira. O cargo preenchido pelo quinto constitucional não era, evidentemente, um cargo de carreira. A ela não se chegava por ascensão de um posto inferior. Portanto, considerar que, no ingresso aos Tribunais de Alçada, ocorria ingresso na carreira, não parecia solução acertada, porque não se ajustava à idéia de promoção de entrância a entrância. E entrância — disse e repito — é denominação que se reserva à classificação de juízes e comarcas.

Pensou-se, então, numa solução que não repugnava ao texto constitucional e que parecia conciliar todas as dificuldades, fazendo que os Tribunais de Alçada fossem, realmente, Tribunais de alto nível e pudessem permitir o acesso ao Tribunal de Justiça. Fez-se, na interpretação da Constituição, possível a promoção dos juízes dos 4/5 do Tribunal, que são de carreira, por antiguidade e por merecimento ao Tribunal de Justiça. E, quanto aos juízes que vierem do quinto constitucional, juízes oriundos do Ministério Público e da advocacia, poderiam eles, a par de outros que têm a mesma experiência específica de advogados e promotores, galgar o Tribunal de Justiça, no quinto reservado aos membros da advocacia e do Ministério Público.

Esta solução afastava todos os outros inconvenientes. Esta solução recebeu apoio de advogados de São Paulo e, de larga data, vem sendo adotada, com gerais aplausos e com óbvia utilidade.

Acontece que se argui, agora, a nova redação constitucional, que se refere a advogados em “efetivo exercício da profissão” e, neste pequeno texto, se pretende alterar toda a estrutura assim estabelecida, com fundamento em que o juiz proveniente da advocacia e do Ministério Público, ao entrar para o Tribunal, passou, então, a pertencer à carreira.

Mas, a verdade é que, embora haja essa equiparação relativa, que o eminente Sr.

Ministro Antonio Neder menciona, esses juizes guardam sempre a origem da classe de que provieram, tanto assim que, quando se aposentam, quando abrem a vaga, esta é preenchida por outro juiz da mesma classe. As vagas, os cargos que ocupam, são cargos destinados ao Ministério Público e à advocacia, não são cargos de carreira, como os dos demais juizes. A Constituição fixa esses cargos, por eles ocupados, a um preenchimento decorrente da classe de que provieram.

Entendeu-se, portanto, que elevá-los a iguais cargos ou cargos que devem ser providos da mesma forma, no Tribunal de Justiça, não seria desrespeito à Constituição. Antes, seria aproveitar-lhes a experiência específica e colocá-los no Tribunal Superior, naquelas vagas que são destinadas, exatamente, aos que provêm da classe dos advogados e do Ministério Público.

Entendeu-se, portanto, afastando uma literalidade de interpretação que nada recomendava, que o efetivo exercício da profissão havia de ser considerado quando o advogado ou membro do Ministério Público fosse convidado a ingressar no Tribunal. Preenchido esse requisito, poderia ele, posteriormente, ter acesso, dentro de sua classe, a um cargo na classe idêntica do Tribunal de Justiça. Esta experiência ou esta orientação, e esta construção, através das omissões e dos desencontros dos textos constitucionais, pareceu feliz, porque afastou todos aqueles embaraços que outra orientação traria à organização judiciária dos estados, e tem, há 21 anos, dado bons resultados, sem maiores problemas, na organização judiciária do Estado de São Paulo.

Tenho, portanto, que a adoção desse critério, que não se prende à só literalidade de um pequeno texto constitucional, mas que encara construtivamente todos os textos referentes à organização judiciária dos estados (o estabelecimento da carreira de juiz, o ingresso na carreira, a promoção de entrância até a última entrância, em que se fará

a escolha para o Tribunal), tenho que essa interpretação, que se afina a todos os textos da Constituição sem prender-se tão-só à literalidade de uma pequena expressão, deve ser aceita.

Por isso, acompanho o eminente Relator, julgando improcedente a representação.

#### VOTO

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:*  
Sr. Presidente, o voto do eminente Ministro-Relator e a explanação magnífica com que o coadjuvou o eminente Ministro Rodrigues Alckmim, puseram de manifesto as dificuldades que se ofereceram aos organizadores das Justiças estaduais para tornarem efetiva a permissão constitucional da criação de Tribunais de Alçada, e conciliarem-na com o dispositivo relativo ao quinto constitucional.

Cheguei a ficar hesitante na convicção que havia formado, notadamente à luz da narrativa — se assim posso chamá-la — feita pelo Sr. Ministro Rodrigues Alckmim, das marchas e contra-marchas, das dificuldades, dos tropeços encontrados no Estado de São Paulo para a acomodação dessas disposições, que efetivamente não se casam com facilidade. Mas não me convenci de que o sistema de permitir que um juiz de Tribunal de Alçada, que nele haja ingressado como integrante do quinto constitucional, possa concorrer também, na mesma categoria, a uma vaga no Tribunal de Justiça, se ponha a salvo da censura da disposição constitucional que lhe é contrastada na Representação. Admito que o sistema possa ser o que menos inconvenientes ofereceu entre as muitas soluções aventadas, seja no excelente memorial do Advogado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na representação gêmea desta, seja agora na explanação, no verdadeiro depoimento que prestou o eminente Ministro Rodrigues Alckmim. Mas não me compete, creio eu, como juiz, considerar constitucional um sistema só porque ele é o melhor dentre vários que se mostraram in-

convenientes. O problema que se me põe é este: pode um magistrado, um juiz de Tribunal de Alçada que nele ingressou como advogado ou como membro do Ministério Público, concorrer com os demais advogados ou membros do Ministério Público, que efetivamente o são, para uma vaga no Tribunal de Justiça? Acho que não. Essa é precisamente a questão. A Constituição dá — e eu me preocupo com a prerrogativa que se encerra nesse preceito — aos advogados, aos membros do Ministério Público, a prerrogativa de ingresso nos Tribunais, na proporção de 1/5. Resta saber se o advogado ou o membro do Ministério Público que utiliza tal prerrogativa, ingressando, em certo estado, num Tribunal de Alçada, pode dele fazer degrau para repeti-la no ingresso ao Tribunal de Justiça.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* A Constituição não proíbe.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* A Constituição proíbe, porque exige um requisito que não está satisfeito: que o ingresso no Tribunal de Justiça se faça por nomeação dentre advogados no exercício efetivo da profissão.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Sim, mas a promoção não é nomeação.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Essa promoção a que V. Exa. se refere é uma criação altamente elaborada. Admito que haja sido encontrada com o melhor dos propósitos, vencendo-se as maiores dificuldades; mas eu não sou legislador, o problema não é meu. O problema meu, de juiz do Supremo Tribunal, é ver se essa solução é constitucional ou não. Não examino as alternativas. Quando elas forem postas em pauta, para exame do Supremo, verei se outro estado, que adotou alternativa diversa, atendeu ou não ao preceito constitucional. Mas, quando estou a examinar um sistema, atenho-me a esse sistema: no caso, à orientação de permitir que os membros do Tribunal de Alçada conservem, como diz a disposição mineira, para efeito de preenchi-

mento do cargo de desembargador, a categoria com que ingressaram naquele Tribunal.

Em primeiro lugar, dispensa-se um requisito que a Constituição põe visivelmente para esse efeito, que é o do efetivo exercício da advocacia ou da função ministerial. A Constituição, só por uma modificação redacional, provavelmente inspirada em pura elegância, alterou os termos da Emenda n.º 16, que foi a que trouxe esse dispositivo. Não foi a Constituição de 1967. E a Emenda n.º 16 dizia, talvez menos elegantemente, mas seguramente com maior clareza: “advogados que estiverem em efetivo exercício da profissão”. Alterada a redação para virgular-se a frase e dizer-se apenas “em efetivo exercício da profissão”, nem por isso se alterou o sentido.

Também me preocupa — e tomo agora o depoimento autorizadíssimo do eminente Ministro Rodrigues Alckmim — a circunstância de que a Constituição permitiria que os Tribunais de Alçada não constituíssem grau de acesso na carreira da magistratura. Então, quando ela disse que, em todos os Tribunais, 1/5 dos lugares se preencheria com advogados ou membros do Ministério Público indicados segundo aquela determinação, ela não podia considerar o problema que se põe ao Tribunal neste momento: o problema do acesso.

Se prevalecer disposição como a da lei mineira (e falo lei, porque se trata de uma resolução normativa do Tribunal mineiro), pode acontecer — não digo que vá acontecer, mas a permissão estará posta — que os advogados em efetivo exercício, e os membros do Ministério Público também em efetivo exercício, sejam sistematicamente aliçados para que só componham a lista triplíce os seus ex-colegas que já estejam no Tribunal de Alçada.

Isso é possível no Estado de São Paulo, onde já há três Tribunais de Alçada, onde os quintos de cada qual somam provavelmente, em relação a advogados e membros

do Ministério Público, número superior a três.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Do critério na seleção usará o Tribunal. É o que diz a lei.

*O Sr. Ministro Djaci Falcão:* Critério de escolha do Tribunal.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Mas dentre os advogados em exercício, e não dentre aqueles que já estão no Tribunal de Alçada.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Mas isso não é um mal.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Como não é um mal? É uma restrição aos advogados e à comunidade que integra o Ministério Público. Este é que é o problema. Veja Vossa Excelência que esse sistema admite que isso aconteça... No Estado de São Paulo já pode acontecer...

*O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro:* Parece que o depoimento do eminente Ministro Barros Monteiro é nesse sentido.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* Em São Paulo não acontece isso, porque há três Tribunais de Alçada, dois Cíveis e um Criminal, e todos concorrem a vaga ocorrida no Tribunal de Justiça pela classe de que são oriundos, do Ministério Público ou da advocacia.

*O Sr. José Carlos Moreira Alves (Procurador-Geral da República):* O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque me permite um esclarecimento de fato?

No memorial apresentado pelo Estado do Rio Grande do Sul, é citado um caso concreto de juiz de Tribunal de Alçada concorrendo, na lista tríplice, com dois promotores.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Comprou-se o Tribunal dentro da lei, e conduziu-se com possível habilidade e sabedoria.

*O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim:* Um quinto dos membros composto de advogados e Ministério Público de todos os Tri-

bunais, é exatamente o que a Constituição quer. Pelo sistema que V. Exa. advoga, no Tribunal de Justiça haverá, além do quinto que nele entrará fora da carreira, aqueles que nela apenas fizeram um estágio.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Eu não advogo solução nenhuma, apenas examino esta solução. Sobre esta solução é que está posta a cognição do Tribunal. Por ela, à medida que o estado cresça, como o Estado de São Paulo, e crie vários Tribunais de Alçada, e os membros do quinto de cada qual desses Tribunais excedam o número de três, ou da classe de advogados ou da classe do Ministério Público, pode acontecer que as listas se façam exclusivamente de integrantes dos Tribunais de Alçada.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* É o que os membros do Ministério Público e os advogados desejam.

*O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro:* Mas, contra a Constituição.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Eles podem, talvez, renunciar às prerrogativas da Constituição, mas nós não podemos renunciar por eles.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* Mas é a solução melhor.

*O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro:* É outro problema, que ao constituinte cabe resolver.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Eu ia dizer, por fim, que esse sistema, que respeito em certo sentido porque compreendendo as aflições à custa das quais chegou a ser encontrado, institui, e isso eu não admito, uma esdrúxula carreira do quinto.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Não é, necessariamente, uma carreira, para a composição do quinto.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Não é necessariamente uma carreira, mas mostrei que pode ser instituída.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Não há mal nenhum.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Não estamos julgando a conveniência, a bondade ou a ruindade da norma. Estamos fazendo o confronto entre o sistema constitucional e a norma, e desse confronto convenço-me de que a prevalência da norma impugnada desfiguraria o preceito constitucional.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Conseqüência do sistema, que não prejudica.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Acredito que os problemas que se põem a esse respeito sejam fundamentais, como foram classificados nesta assentada, e que o encontro das soluções seja uma tarefa aflitiva: mas essa solução, que permite que um advogado ingresse num Tribunal de Alçada, passe a magistrado para muitos efeitos, e todavia continue a ser considerado advogado e tido como em efetivo exercício da antiga profissão, para atender ao requisito constitucional, dez ou quinze anos depois, e assim possa ingressar no Tribunal de Justiça, essa solução não se me afigura constitucional.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* A classe dos advogados sempre tem entendido que sim.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* Entendo que não. Peço licença aos eminentes Ministros Relator e Rodrigues Alckmim para julgar procedente a representação.

#### VOTO

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Senhor Presidente. Com a vênua do eminente Ministro Xavier de Albuquerque, como os demais votos aqui proferidos, julgo improcedentes as duas representações, porque incompatibilidade não encontrei entre os textos das Leis de Organização Judiciária de Minas e do Rio Grande do Sul, com as da Constituição, menos com aquele que se atribuiu a contrariedade, art. 144, incs. III, e especialmente, IV.

Aos pronunciamentos dos eminentes Relatores, somou-se o do eminente Ministro Rodrigues Alckmim, verdadeiro depoimento histórico, pondo em realce a inspiração dos desembargadores paulistas para, há 21 anos passados, com textos mais lacônicos, como o eram os da Constituição de 1946, procederem na composição do primeiro Tribunal de Alçada do Brasil. E tão expressiva foi essa declaração que o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, como acaba de confessar, esteve a pique de se dar por convencido da improcedência da reclamação.

Não precisaria ir além, Sr. Presidente. Todavia, não quero silenciar sobre tão palpitante matéria. De um lado, porque se pronuncia o Supremo Tribunal Federal pela vez primeira sobre o relevante tema, um dos mais proeminentes, pelo interesse na organização do Poder Judiciário a seis estados que já contam com Tribunais de Alçada, a saber, São Paulo, Guanabara, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro, sendo que São Paulo com três deles, dois Cíveis e um Criminal. Outros por certo, virão, na oportunidade, cuidar da sua criação, e note-se, para exame de *resoluções* dos próprios Tribunais de Justiça, os quais, por força de delegação da Constituição, art. 144, § 5.º, exercitam, e pela vez primeira também, a alta função de *legislar*, e ainda, sem possibilidade de alteração no prazo de cinco anos.

De outro lado, e sem desprezar as demais atribuições pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, também relevantes, a meu sentir cabe destacar o controle da constitucionalidade através das representações, do qual poucos países desfrutam, com a amplitude que o Brasil hoje dispõe, podendo, por esta via, anular desde as Constituições dos estados, como as leis federais, estaduais ou municipais.

*In casu*, admitiram as resoluções em comentário, com força de leis, no sentido material, a viabilidade de ascenderem os juizes do quinto do Tribunal de Alçada, infe-

rior, a critério dos Tribunais de Justiça, às vagas do mesmo quinto, ocorridas nos Colégios Judiciários Superiores (Tribunais de Justiça).

Não vejo que, em assim procedendo, tenham contrariado os incs. III e IV, notadamente, o último, e, quando se referindo aos advogados, exigiu "o efetivo exercício da profissão".

São conhecidas as razões da expressão, observando que integrem qualquer lista do quinto advogados sem o exercício profissional, ou promotores que já não integrem a Instituição, ou que não estejam no desempenho funcional. Sabidos eram os casos dos bacharéis que jamais exerceram a advocacia...

O bem lançado memorial, da lavra do ilustre Prof. Paulo Brossard de Souza Pinto, com mandato outorgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresenta as quatro soluções que a Constituição poderia proporcionar. A elas se referiram os votos dos eminentes Ministros Antonio Neder e Rodrigues Alckmim.

As resoluções optaram pela que está sendo examinada.

Admitiram que os juizes do quinto, conquanto se forem das garantias e atribuições dos demais juizes da Corte, não perderam o elenco de predicados que justificam a sua presença nos Colegiados, os quais, eles mesmos e não os dos demais juizes de carreira, é que hão de servir ao acesso para integrar as Cortes Superiores, e também pelo mesmo quinto.

Certo, ao ingressarem nas Alçadas, deixaram, advogados e membros do Ministério Público, a qualidade que desfrutavam, para adquirirem outra, de juizes, mas diversa, propriamente profissionais, os de carreira.

Todavia, aceitando, como aceitaram, as resoluções que pudessem ter acesso, como que reconheceram que estavam se iniciando, e a partir de então, o exercício profissional originário já não se fazia mister. Direito não lhes assistia de disputarem o acesso, como

ocorre aos demais juizes (Constituição, art. 144, III, antiguidade e merecimento).

Para eles, sempre o merecimento há de operar, mas concorrendo ou não com outros, seja da advocacia, seja do Ministério Público, em exercício, o Tribunal Superior é que ajuizará da conveniência ou não da integração total da lista por aqueles já distinguidos, ou da lista mista, ou da exclusiva com eles ou só de outros.

Penso que, porque de origem diversa dos juizes de carreira, diversa também deve ser sua possibilidade de acesso. E permito-me, nesse passo, insistir. É que tais juizes, os que representam a classe de onde provieram, os quais Pontes de Miranda cognomina *classistas*, ao integrarem as Cortes de Alçada, não perderam os predicamentos próprios de sua origem, pois é ela mesma que justifica a escolha.

Permito-me lembrar aqui passagem por si expressiva, ocorrida há alguns anos com o nosso eminente colega, Ministro Eloy da Rocha, quando Sua Excelência brilhava em uma de suas cátedras. Em discussão ali ocorrida, afirmou S. Exa. que continuava portador dos recursos que lhe haviam proporcionado a profissão de advogado, e deles, a cada passo, fazia uso para bem decidir as controvérsias. E, se delas já não dispusesse, não guardaria a legitimidade da representação originária. Afirmção análoga ouvi também naquela Corte, do ilustre Desembargador Crisanto de Paula Dias, oriundo do Ministério Público.

Razões, pois havia, e sobradas, para a opção que fizeram os dois ilustres Tribunais, do Rio Grande e de Minas.

Elas só aparentemente conflitam com a Constituição; com ela não rimam se tomarmos, simplesmente, suas expressões gramaticais, não sua força, sua intenção, seu poder.

Aceitá-la, em sua letra, seria matar seu espírito, sepultar as aspirações de todos, inclusive os juizes "classistas", os quais, hu-

manos e vaidosos, no esmero de seu estudo, do seu trabalho, da sua dedicação, visam ascender a cátedras de maior responsabilidade... E só assim atingiriam os Tribunais de Justiça, enriquecidos com os duplos predicados, os de origem, somados aos do Tribunal inferior.

É critério que permite enriquecer ambos os Tribunais com os melhores valores. A uma, porque sabem os classistas que terão possibilidade de atingir o Tribunal de Justiça, ainda que da fração a eles reservada; a outra, não concorrem com os juizes de carreira, tornando, assim, sua função mais sedutora. E previne, de um lado, a cristalização daqueles juizes, os quais, se pudessem ter acesso na outra linha, dos juizes de carreira, não só o poderiam desestimulá-los ou comprometer os 4/5 reservados a eles.

Sr. Presidente. Poderia ter poupado toda esta argumentação, limitando-me ou a acompanhar os votos vencedores até aqui, ou, para gáudio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, endossar, e por inteiro, as bem lançadas razões de seu mandatário, o qual ao fazê-las serenas e sobremodo eruditas, fazem dupla honra àquela Corte e à escolha de seu honrado e douto patrono, o Prof. Paulo Brossard de Souza Pinto, o qual, há cinco lustros, começou sua advocacia junto à Vara então por mim ocupada, a 1.<sup>a</sup> da Fazenda Pública em Porto Alegre.

Sr. Presidente. É tempo de concluir. Desprezo a invocada inconstitucionalidade. Considero que em assim fazendo, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal exerce seu alto poder político, de intérprete da Constituição, dando-lhe vida, fazendo frutificar os seus textos, enriquecendo-a cada dia pela experiência da vida, que não pára jamais, apresentando quadros novos para os quais precisamos estar sempre atentos e vigilantes.

Este é mais um belo caso que enriquecerá os nossos anais, e no qual esta Corte, com elevação, mais uma vez está construindo, criando o direito, como queria Benjamin

Cardoso, nas suas sábias lições sempre aqui repetidas. Repugna-me acolher a inconstitucionalidade de texto cuja aplicação 21 anos de prática demonstrou ser a melhor, como o atesto a realidade e a palavra do eminente Ministro Rodrigues Alckmim.

Mantendo-as, dou pela improcedência das representações.

É o meu voto, *data venia*.

#### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Senhor Presidente:

Eu dizia, há pouco, a um dos eminentes colegas, que fosse eu pretensioso poderia crescer, talvez, uma monografia sobre o assunto. Mas, Sua Excelência o Ministro Rodrigues de Alckmim, que é a modéstia personificada, expôs já os pontos essenciais da matéria em controvérsia, sem se fazer necessário escrever dissertação a respeito.

Participei, Sr. Presidente, como Desembargador do Tribunal de Justiça, de todos os debates em torno da criação do primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo. O anteprojeto foi da lavra do saudoso Desembargador Percival Oliveira, na década de 50. Com a criação de novas oito ou dez Varas Cíveis, outras tantas Varas Criminais e de Acidentes do Trabalho, aumentou extraordinariamente o serviço, com o que se elevou o número de desembargadores de 25 para 36, criadas mais 12 vagas de juiz substituto. Fui ocupar um desses cargos de juiz substituto e esperei, como era de praxe em meu estado, os quarenta anos de idade para ser nomeado desembargador.

Mas, verificou-se, com a avalanche de serviço outra vez, que não seria possível dar vazão aos trabalhos, e, dei a idéia de criar-se um Tribunal de Alçada.

No respectivo anteprojeto, foi discutido desde o título que se devia dar à nova Corte: se Tribunal Estadual de Recursos ou Tribunal de Alçada. Prevaleceu, contudo, este

último entendimento, dada a intervenção enérgica, no caso, do Des. Mário Masagão, que então integrava o Tribunal, mostrando que era o que dizia a Constituição.

Discutiu-se até a possibilidade de se amputar a competência do Tribunal de Alçada, que não poderia julgar a constitucionalidade de uma lei; teria que mandar o assunto para o Tribunal de Justiça, que, após apreciá-lo devolveria, então, ao Tribunal de hierarquia inferior, o feito para a aplicação da tese vencedora.

Depois, surgiu o problema do acesso dos juízes chamados classistas para o Tribunal de Justiça.

Na primeira vaga para o quinto constitucional, a ser preenchida por um elemento do brilhante Ministério Público paulista, o Tribunal de Justiça indicou três de seus expoentes. Ainda me recordo dos respectivos nomes: o saudoso Procurador Mário de Moura Albuquerque, Edgar Noronha, processualista e penalista de escol, e Miguel de Campos Júnior. Mas, o falecido Presidente Getúlio Vargas determinara a reintegração do Des. Márcio Munhoz, anteriormente afastado, pelo ex-Governador Adhemar de Barros, tendo o Tribunal paulista acolhido a decisão do Chefe do Executivo Federal.

Surgiu, a seguir, vaga no Tribunal de Alçada, tendo sido indicados os três nomes do Ministério Público que acima mencionei. Nenhum deles aceitou a nomeação. Desejavam os três o lugar de desembargador, mas nenhum deles pretendia ocupar qualquer vaga no Tribunal de Alçada.

Indicados, então, três advogados, um dos quais aceitou a nomeação, e foi então que surgiu a idéia que ora se discute, que tem dado melhores resultados, porque hoje temos Procuradores da Justiça que só trabalharam em matéria criminal, que estão no Tribunal de Alçada Criminal e são juízes brilhantíssimos.

O Tribunal, depois de um longo exame do caso, depois de muitos debates sobre to-

dos os seus aspectos, inclinou-se pelo entendimento hoje acoimado de inconstitucional.

Por isso, Sr. Presidente, já naquela ocasião entendia eu que nada tinha de inconstitucional essa construção que o Tribunal de Justiça elaborara para evitar um possível desequilíbrio do quinto constitucional do Tribunal de Justiça.

Vejam V. Exas., que um juiz de carreira dificilmente chega ao Tribunal de Justiça antes dos quarenta anos, o que não acontece com os juízes do quinto constitucional. Se não se adotasse aquela solução, ou ficavam eles cristalizados eternamente no Tribunal de Alçada, ponto de vista que defendeu muito bem o eminente Ministro Antonio Neder, o que não seria justo nem razoável.

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque:* É injusto, mas não é inconstitucional. Pode não ser conveniente nem justo, mas não é inconstitucional.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* ... ou ficariam cristalizados no Tribunal de Alçada ou seriam promovidos para o Tribunal de Justiça, em igualdade de condições com os juízes de carreira.

O que poderia então acontecer, segundo os gráficos, que levantamos? Que, em determinada ocasião, o número de juízes do Tribunal de Justiça, no quinto constitucional, poderia exceder aquele dos juízes de carreira.

Dispensando-me, pois, de outras considerações, faço minhas aquelas tecidas pelos eminentes Ministros Djaci Falcão e Antonio Neder.

Julgo improcedente a representação.

#### VOTO

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Sr. Presidente, nesta altura da votação, ser-me-ia possível adotar, logo e simplesmente, uma das orientações sustentadas. Mas, a relevância do tema obriga-me a fundamentar o voto.

Tanto nas representações, como nas informações e nos memoriais, no exame do art. 144, inc. IV, da Constituição vigente, fez-se referência às expressões novas, que foram introduzidas na regra, como disse o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, pela Emenda Constitucional n.º 16, de . . . . . 26.11.65: “advogados que estiverem em efetivo exercício da profissão”. O acréscimo deu lugar a confronto com o requisito do exercício do cargo, relativamente aos membros do Ministério Público.

Na Constituição de 1946, fazia-se menção a advogados, sem falar-se em efetivo exercício da profissão. O acréscimo, afigura-se evidente, resultou da diversidade de caracterização do advogado e do membro do Ministério Público. Como afirma Pontes de Miranda, “quem não exerce o cargo de Ministério Público, ou já não o exerce (exoneração, aposentadoria), não oferece pressuposto suficiente. Resta saber-se se a disponibilidade permite a inclusão. Sim, como membro do Ministério Público”. Quanto ao advogado, diferente é a situação. Pela definição da Lei da Ordem dos Advogados, advogado é o bacharel ou doutor em direito, inscrito no quadro respectivo. O bacharel em direito pode achar-se inscrito na Ordem, chamar-se advogado e não exercer a profissão. Para o art. 144, IV, da Constituição, porém, é preciso que o advogado esteja no efetivo exercício da profissão.

Ponderou-se que não existiria, na Constituição, nada que pudesse obstar ao entendimento dado a essa regra, tanto em Minas Gerais, quanto no Rio Grande do Sul. Não me parece tão clara a posição de quem já não é mais advogado, ou membro do Ministério Público, porque integra o Tribunal de Alçada, para preencher requisito de nomeação para o Tribunal de Justiça. Quero fazer essa ressalva, embora não seja fundamental para o meu voto.

Na Rp n.º 746, da Guanabara (*R.T.J.* 45/281-317), tive oportunidade de referir-me a problemas suscitados pela regra constitu-

cional concernente aos Tribunais de Alçada. A Constituição de 1946, ao cuidar dos princípios de organização da Justiça dos Estados, limitou-se a dispor sobre a possibilidade de criação de “tribunais de alçada inferir à dos Tribunais de Justiça”, sem nada mais preceituar, inclusive quanto à composição daqueles tribunais.

O princípio geral, contido no art. 144, IV, do quinto dos lugares, preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, havia de ser aplicado tanto ao Tribunal de Justiça, como aos tribunais inferiores de segunda instância. Na composição de qualquer Tribunal, um quinto será reservado a advogados e membros do Ministério Público. Considero omissa a Constituição sobre a questão ora proposta.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Ficou ela em branco.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* O Supremo Tribunal Federal deverá solucionar a questão, à luz do princípio constitucional.

*O Sr. Ministro Barros Monteiro:* Aplicando uma norma de super Direito, no dizer de Frederico Marques.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Impressiona o argumento do eminente Procurador-Geral da República, tirado das normas constitucionais sobre a composição do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Federal de Recursos. Membros desses tribunais são escolhidos, em parte, dentre advogados.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Considera V. Exa. a existência de simetria com os tribunais citados?

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Vou esclarecer esse ponto. A Constituição refere-se a advogado em efetivo exercício da profissão. O magistrado, recrutado dentre advogados, como advogado, não poderia ser nomeado para o Tribunal Federal de Recursos ou para o Tribunal Superior do Trabalho. Porque, então, não há de valer a mesma in-

terpretação, com relação aos Tribunais de Alçada? Existe diferença fundamental: no Tribunal Federal de Recursos, como no Tribunal Superior do Trabalho, não se observa, na nomeação, a carreira. Faz-se a nomeação dos juizes togados do Tribunal Superior do Trabalho, dentre magistrados da Justiça do Trabalho, advogados no efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho. No Tribunal Federal de Recursos, dentre magistrados, advogados e membros do Ministério Público. Em todos os casos, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Daí, a meu ver, a inexistência de simetria entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada, com aqueles Colégios Judiciários.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Assim entendendo.

Na Justiça estadual, o Tribunal de Alçada tribunal inferior de segunda instância, e o Tribunal de Justiça situam-se na organização judiciária, em que os magistrados de carreira não podem ascender a esses Tribunais, senão na conformidade dos critérios estabelecidos na Constituição. Só pode ascender ao Tribunal de Justiça, dentre os magistrados, o juiz de carreira, segundo o critério da Constituição. Não seria possível que membro do Tribunal de Alçada, recrutado na classe de advogados, ou entre membros do Ministério Público, sendo magistrado, pudesse, na última qualidade, ser nomeado para o Tribunal de Justiça. Não, porque isso havia de ferir a Constituição, no tocante à carreira da magistratura estadual. Essa é, sem dúvida, diferença que deve ser acentuada.

Pressuposto do meu voto é o de que o problema ficou em aberto. O Supremo Tribunal Federal dará a solução. A decisão deverá ser proferida, como foi assinalado em mais de um voto, atendendo-se ao fim da regra. Ora, qual é a finalidade da regra constitucional, de integração, em qualquer Tribunal, de um quinto de advogados e

membros do Ministério Público? É, certamente, misturar, na composição do Tribunal, as ricas experiências de juizes, adquiridas na carreira da magistratura, com as dos membros do Ministério Público e dos profissionais da advocacia, de estilos diferentes.

No Rio Grande do Sul, lembra-se o eminente Ministro Thompson Flores, integrou o Tribunal de Justiça uma das figuras mais expressivas da classe dos advogados, espírito marcadamente combativo, Augusto Loureiro Lima, de quem fui sucessor naquele Tribunal.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Nunca perdeu S. Exa. a qualidade de advogado, em cuja classe foi recrutado, e, como juiz, ufanava-se de conservar os atributos, naturalmente, considerado sob o prisma de juiz.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Grande jurista, o eminente Desembargador Loureiro Lima comprovou a razão da investidura classista, revelando as qualidades e o estilo de advogado e a experiência profissional. Esta experiência, diferente daquela do juiz, a experiência do que requereu e promoveu, a experiência que a Constituição quis fosse trazida para o Tribunal.

O ilustre Procurador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Rp n.º 879, fez interessante observação sobre a experiência de advogado, que o juiz não perde, porque, se perdesse, no convívio com os outros juizes, as qualidades que o indicaram para o Tribunal, não haveria mais razão para a sua permanência no Tribunal.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* V. Exa. o disse no Tribunal de Justiça, e repetiu-o, vezes várias.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Pode acontecer que o juiz do Tribunal de Alçada não mais possua as qualidades que o recomendaram para esse Tribunal. Então o Tribunal de Justiça não o incluirá na lista tríplice.

Foi nomeado juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul o ex-Procurador-

Geral do Estado, Dr. Peri Rodrigues Condesa, jurista de valor excepcional, com manifesta vocação para a magistratura. Perderia a Justiça, se ele não pudesse subir ao Tribunal de Justiça.

Aplicando-se literalmente o texto constitucional, quando exige o efetivo exercício da advocacia, ou a condição de membro do Ministério Público, o fim da regra não seria atendido inteiramente. O Tribunal de Alçada seria composto de advogados e de membros do Ministério Público que não tivessem aspiração ao Tribunal de Justiça. Isso havia de significar o quê? Se não a negativa da regra, um obstáculo, ao menos em parte, à realização do fim por ela visado.

O requisito da profissão, ou da condição funcional, para o efeito de investidura no Tribunal de Justiça, se deve considerar no momento em que o advogado ou membro do Ministério Público passou a integrar o Tribunal de Alçada.

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* Foi o que disse no meu voto, na Rp n.º 879.

*O Sr. Ministro Thompson Flores:* Não acha V. Exa. que a Constituição bem interpretada permite essa construção?

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Penso que admite. Atende-se ao requisito da profissão...

*O Sr. Ministro Antonio Neder:* No momento em que ingressa no Tribunal de Alçada.

*O Sr. Ministro Eloy da Rocha:* Se o advogado não estivesse no exercício da profissão, não poderia ser nomeado para o Tribunal de Alçada. Pois bem, para a investidura no Tribunal de Justiça, considera-se o requisito da profissão, no momento em que houve a integração no Tribunal de Alçada.

Com essas condições, que nada acrescentam aos fundamentos dos brilhantes votos dos eminentes Ministros, rejeito, também, a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

*O Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro:* Senhor Presidente, nada tenho a acrescentar ao debate, e lamento não ter argumentos novos para aditar aos que constam do voto do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque.

Reconheço que a solução preconizada nos votos dos eminentes relatores, de acordo com as resoluções dos Tribunais de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, é talvez a mais conveniente ou a mais adequada, parecendo mesmo ser a que melhor concilia os interesses dos magistrados de carreira e os juizes dos Tribunais de Alçada recrutados do campo da advocacia.

As dificuldades que enfrentamos resultam do hibridismo, adotado pela Constituição, na composição dos Tribunais de segundo grau. Também penso que não nos cabe indicar, nesta assentada, qual a melhor solução para as dificuldades práticas decorrentes do sistema. O que nos cumpre, apenas, é dizer se as normas impugnadas se harmonizam com o texto da Constituição Federal.

*Data venia,* penso que não. A Constituição determina que um quinto dos lugares de qualquer Tribunal seja preenchido por advogados em efetivo exercício da profissão. Por via de interpretação, não posso dar esse preceito como não escrito. Nisso importaria, a meu ver, incluir-se, hoje, numa lista de advogados em efetivo exercício, um antigo advogado, que, há vários anos, é exclusivamente magistrado, que há vários anos teve cancelada sua inscrição na Ordem, que há várias anos está legalmente proibido de advogar.

Por estas razões, e de acordo com o voto do Sr. Ministro Xavier de Albuquerque, julgo procedente a representação.

VOTO

*O Sr. Ministro Luiz Gallotti:* Sr. Presidente, peço vênia aos eminentes Ministros Xavier de Albuquerque e Oswaldo Triguei-

ro, que proferiram votos brilhantes, fundados em considerações muito respeitáveis, para acompanhar os eminentes colegas que votaram pela improcedência da representação.

#### VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Presidente): Voto pela procedência, sem embargo dos argumentos e considerações de várias ordens, sobre tudo, *data venia*, de filosofia jurídica e de política legislativa dos eminentes juizes e até do brilhante professor Paulo Brossard, que produziu aqui uma das defesas mais altas, se me permitem, que ouvi nesta Casa.

Mas S. Exa. mesmo escreveu no memorial que o caso era de direito natural. Portanto, o problema foi colocado em termos altíssimos, de filosofia do direito e de política administrativa.

Eu, como egresso, e ainda hoje um tanto saudoso da política, não posso deixar de ouvir com embevecimento tudo o que foi dito. Mas ainda guardo uns ranços de positivista jurídico, aprendido na Faculdade da Bahia, onde não há quartel, de modo algum, para o direito natural. Este foi aniquilado há mais de 50 anos pelo mestre que segui e que até hoje respeito.

Pelos motivos expostos pelo eminente Ministro Xavier de Albuquerque e também assinalados pelo eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, dou pela procedência da representação, sem entrar na apreciação do valor jurídico, enfim, na valoração da solução da Constituição, na cláusula há pouco sublinhada pelo eminente Ministro Oswaldo Trigueiro, e nem também das interpretações dadas pelos Tribunais. Isto no caso de Minas Gerais, que estamos julgando.

#### EXTRATO DA ATA

Rp n.º 881 — MG — Rel., Ministro Djaci Falcão. Rpte., Procurador-Geral da República. Repdo., Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Decisão: Julgada improcedente, contra os votos dos Ministros Xavier de Albuquerque, Oswaldo Trigueiro e o Presidente. Impedido, o Ministro Bilac Pinto.

Presidência do Sr. Ministro Aliomar Baleeiro. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Dr. José Carlos Moreira Alves.