MAGISTRADO — PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE — RECUSA DO TRIBUNAL — "QUORUM" NECESSÁRIO

— A recusa do Tribunal de Justiça à promoção de juiz por antigüidade pode ocorrer tanto para as entrâncias como para o próprio Tribunal.

— Os votos necessários à recusa são computados atendendo ao número de desembargadores presentes à sessão e não ao dos membros efetivos do Tribunal.

— Interpretação dos arts. 95, II, e 124, n.º IV, da Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Augusto Galvão Vaz Cerquinho *versus* Estado de São Paulo
Mandado de segurança n.º 34.960 — Relator: Sr. Desembargador Cunha Cintra

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos n.º 34.960 de mandado de segurança impetrado pelo Dr. Augusto Galvão Vaz Cerquinho contra o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado e Governador do Estado: Acordam em Tribunal de Justiça, adotado o relatório de fls., que fica fazendo parte integrante dêste, negar por maioria de votos a segurança pretendida.

Assim é decidido porque o preceito do art.º 124, n.º IV, da Constituição é aplicável, conforme muito bem demonstram as informações prestadas a fls. pelo Sr. Presidente* e as razões da Procuradoria Geral de fls. tanto às pro-

---

COMENTÁRIO

PROMOÇÃO DE JUIZ POR ANTIGUIDADE — RECUSA DO TRIBUNAL DE FAZER A INDICAÇÃO

1. O egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, interpretando o art. 124, n.º IV, da Constituição Federal, acaba de decidir que a recusa de fazer-se indicação de juiz para promoção por antiguidade tanto pode ocorrer de uma entrância para outra, como para

---

* Informações referidas:

Senhor Relator:

Respondendo ao ofício de V. Excia. relativo a um pedido de segurança impetrado pelo Dr. Vaz Cerquinho, Juiz de Direito da comarca de Pederneiras, tenho a esclarecer que, efetivamente, em sessão secreta de 2 de Junho, o Tribunal vetou, por maioria legal, a indicação dêsse magistrado à promoção por antiguidade para a comarca de Bauru.

moções para o Tribunal como às relativas a entrâncias e porque os três quartos de votos precisos para ser vetada a indicação do candidato mais antigo devem ser calculados sôbre o número dos juízes que tomam parte no julgamento e não sôbre o de membros efetivos do Tribunal.

A Constituição, tratando do Poder Judiciário, disse em suas disposições preliminares, art.º 95, que, salvo as restrições expressas, gozarão os juízes de várias garantias e textualmente:

"II — inamovibilidade, salvo quando ocorrer motivo de interêsse público, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal superior competente."

Nesse caso, inamovibilade, falou-se em membros efetivos.

No do art. 124, garantia de promoção, não se falou em membros efetivos, dizendo-se simplesmente que, quando de promoção por antiguidade o juiz mais antigo fôr recusado por três quartos dos desembargadores, será repetida a votação, etc.

Se em dois casos semelhantes, os em que são visadas as garantias de inamovibilidade e promoção, manda a Constituição que em um dêles sejam, para o cálculo, contados os membros efetivos e em outro não faz tal determinação, impõe-se a conclusão de não se poder aplicar ao segundo o que foi preceituado para o primeiro.

Acresce que o cálculo sôbre os membros efetivos corresponde em realidade em atribuir-se aos ausentes no ato do julgamento voto favorável ao

---

o próprio tribunal, isto é, para o cargo de desembargador. Decidiu mais ainda que os votos necessários à recusa são computados atendendo-se ao número de desembargadores presentes à sessão respectiva e não ao dos *membros efetivos* do tribunal.

2. Quanto à primeira proposição, parece-nos, *data venia*, menos acertada a decisão do ilustre tribunal.

Vejamos o que, a respeito, dispõe a Constituição Federal, no art. 124, n.º IV: "A promoção dos juízes far-se-á de entrância para entrância, por antiguidade e por merecimento, alternadamente, e, no segundo caso, dependerá de lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça. Igual proporção se observará no acesso ao

---

Assim o fêz o Tribunal dando aplicação ao art. 124, n. IV, da Constituição Federal, um de cujos períodos dispõe:

"Em se tratando de antiguidade, que se apurará na última entrância, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo; e, se êste fôr recusado por três quartos dos desembargadores, repetirá a votação em relação ao imediato, e assim por diante, até se fixar a indicação".

Pondera o impetrante que êsse trecho só se aplica ao caso de promoção ao Tribunal, e não de promoção dentro da primeira instância.

candidato ameaçado do veto. Essa atribuição ou presunção de voto só será possível, porém, em face de preceito claro e preciso da lei.

Há ainda a ser ponderado que, aceita a pretensão do impetrante, a faculdade de veto por três quartos nos casos de promoção por antiguidade concedida pela Constituição aos tribunais de justiça desapareceria em certos casos. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, ficaria privado de exercitar essa faculdade tôda a vez que se reunisse com menos de vinte e seis membros.

Custas na forma da lei.

São Paulo, 20 de outubro de 1947. — *Mário Guimarães,* Presidente. — *Cunha Cintra,* Relator. — *Teodomiro Dias.* — *V. Penteado.* — *Rafael de Barros Monteiro.* — *Frederico Roberto.* — *Fernandes Martins.* — *Joaquim de Silos Cintra.* — *Gomes de Oliveira.* — *Meireles dos Santos,* vencido. Concedia o mandado pelos dois motivos. — *Vasco Conceição.* — *Almeida Ferrari.* — *João M. C. Lacerda.* — *J. R. A. Valim* — *Nelson de Noronha Gustavo.* — *J. Augusto de Lima.* — *Manuel Carlos,* vencido. — *Márcio Munhós.* — *L. Minhoto.* — *J. M. Gonzaga,* vencido. — *A. M. Câmara Leal.* — *Trasíbulo de Albuquerque.* — *Camargo Aranha.* — *Justino Pinheiro.* — *Breno Teixeira* — *Pinto do Amaral,* vencido. — *Vasconcelos Leme.* — *Mário Masagão.* — *H. da Silva Lima.* — *Paulo Costa.* — *Percival de Oliveira,* vencido, nos têrmos da seguinte declaração de voto:

Concedia o mandado requerido pelos dois fundamentos invocados pelo impetrante: 1.º — não ser aplicável aos juízes de primeira instância o veto à

Tribunal, ressalvado o disposto no n.º V dêste artigo. Para isso, nos casos de merecimento, a lista tríplice se comporá de nomes escolhidos dentre os dos juízes de qualquer entrância. Em se tratando de antiguidade, que se apurará na última entrância, o Tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo; e, se êste fôr recusado por três quartos dos desembargadores, repetirá a votação em relação ao imediato, e assim por diante, até se fixar a indicação. Sòmente após dois anos de efetivo exercício na respectiva entrância poderá o juiz ser promovido".

Mas está, penso eu, equivocado, porque:

1.º onde existe a mesma razão, deve reputar-se vigente a mesma norma — *"Ubi eadem causa ibi idem jus statuendum"*. E não se concebe que o legislador impedisse o acesso ao Tribunal de um mau juiz, e o tolerasse numa comarca importante. No Tribunal, o julgamento coletivo permite que as imperfeições de um sejam corrigidas pelas qualidades de outros. Na primeira instância, não. O mal que o juiz faça não pode, às vêzes, ser remediado nunca;

2.º na dúvida entre duas interpretações, prefira-se a que mais se ajuste ao direito anterior. E o direito anterior era, não tanto a Constituição de 1937, omissa a respeito,

promoção por antiguidade, a que se refere o inciso IV, parte final do art.º 124 da Constituição; 2.º — ser necessário, para a aplicação daquele veto, o voto de três quartos dos membros efetivos do Tribunal de Justiça.

Entendo que o veto não se aplica aos juízes de primeira instância, não só pelos motivos invocados pelo impetrante, com os quais estou de acôrdo, como também pelos que vão adiante expostos.

O veto não é, nem deve ser uma penalidade, uma forma de castigar, ou de simplesmente vexar um juiz que, no entender do Tribunal, não proceda bem. Para o juiz incorreto, sob qualquer aspecto, existem sanções legais, com processo adequado, em que haja ampla oportunidade para a defesa do acusado. Não o seria o veto, que é lavrado em sessão secreta, sem que o vetado tenha oportunidade de saber dos motivos que o determinaram e, muito menos, de se defender, se forem improcedentes. O veto é medida meramente preventiva, destinada a evitar que um juiz, embora inteiramente correto e contra o qual nada se possa articular, tenha acesso ao Tribunal de segunda instância, quando o próprio Tribunal reconhecer que a êsse juiz faltam predicados intelectuais para rever e, quiçá, reformar, decisões acertadas dos juízes de primeira instância.

O veto é proferido porque, uma vez promovido ao Tribunal, ainda que o novo desembargador se mostrasse muito abaixo, culturalmente, das suas funções, nenhuma medida poderia ser tomada para o seu afastamento. Na primeira instância já não sucede o mesmo. Embora a instância se divida

---

3. Ora, o próprio preceito transcrito afirma que a antiguidade "se apurará na *última entrância*". Sòmente neste caso é que permite a Constituição a recusa do juiz à promoção por antiguidade. Em verdade, a regra geral instituída no dispositivo supra é a promoção por antiguidade e por merecimento, alternadamente. A única restrição, como se vê, é a promoção ao cargo de desembargador, quando se admite a recusa do juiz pelo Tribunal de Justiça.

De fato, ao ingressar na magistratura, adquire o juiz um direito de acesso, pelo menos por antiguidade. A Constituição vigente, neste particular mais atenta a essa garantia da magistra-

---

mas a de 1934, que continha igual preceito. E aliás, surgindo a omissão da Carta política de 1937, a lei paulista 14.721, de 14 de maio de 1945, reproduziu o dispositivo do art. 104, § 2.º, da Constituição de 1934;

3.º essa lei paulista, se dúvida houvesse na Constituição atual, poderia ser aplicada porque não lhe fere o sistema, antes se harmoniza com êle;

4.º mas a verdade é que a frase "que se apurará na última entrância" não tem o valor que o requerente lhe dá. Como é sabido, discutia-se, na Constituição de 1934, se a antiguidade se devia apurar na carreira ou na entrância. Pela entrância, interpretava o Tribunal de São Paulo. Pela carreira, o de Minas. O Superior Tribunal decidiu, certa vez,

em entrâncias, que constituem as classes da carreira, a diferença não é sensível entre as comarcas de uma e outra entrância sucessivas. A diferença única será numérica: maior número de feitos numa comarca de segunda do que numa comarca de primeira. Os poderes, porém, são os mesmos. As possibilidades de erros, as mesmas. Tais erros, porém, podem ser corrigidos em segunda instância.

Não é possível dizer-se, antecipadamente, que o juiz de uma comarca não irá dar conta do serviço de outra comarca, só porque é um pouco mais numeroso. Ao contrário, é sempre possível prever-se que um juiz não será capaz de desempenhar a contento as suas funções em segunda instância, onde a capacidade, ao menos presumìvelmente, deve ser muito maior.

Além disso, se o juiz que esperou tanto a sua promoção de entrância, ao ponto de chegar a ser o mais antigo, foi promovido e não conseguir dar cabal desempenho ao serviço na comarca de entrância superior, terá o Tribunal remédio eficaz, previsto no art. 95, inciso II, da Constituição: a remoção compulsória, remédio que não pode ser aplicado a desembargadores, que não têm para onde serem removidos.

Não é admissível que a Constituição tenha dado dois remédios, em relação aos juízes de primeira instância e sòmente um, o menos eficaz, em relação aos da segunda instância.

Não vetando a promoção de entrância para entrância, não impedirá o Tribunal que um velho magistrado alcance a sua aposentadoria com venci-

---

tura, não deixa, como as Cartas de 1934 e 1937, para as leis ordinárias a faculdade de estabelecer quantas promoções se farão por antiguidade e quantas por merecimento. Fixou desde logo o critério: as promoções se farão "alternadamente", respeitadas, para o cargo de desembargador, as vagas dos advogados e membros do Ministério Público.

Desta sorte, permitir que em todos os casos de promoção por antiguidade, mesmo de uma entrância a outra, pudesse o Tribunal recusar o juiz, estaríamos diante de um atentado ao direito de promoção e poder-se-ia mesmo dizer que a Carta Política teria estabelecido um critério único, ou seja, o da promoção exclusivamente por merecimento. E, depois, recusada a promoção de um

---

por uma e, mais tarde, em embargos, por outra orientação. O legislador de 1946 cortou a controvérsia estabelecendo que a antiguidade se apurará na última entrância. Assim, para a promoção à segunda, apura-se a antiguidade entre os da primeira, que é a última. Para a promoção à 3.ª, última entrância é a segunda, pouco importando haja magistrados com menos tempo em primeira entrância. Dessa forma é que se apurará sempre a antiguidade, "na última entrância", como determina a Constituição.

"Omissis"...

São Paulo, 10 de setembro de 1947. — *Mário Guimarães*.

mentos melhores, justamente quando a velhice e as doenças exigem maiores recursos. Se o juiz não corresponder à expectativa, haverá o remédio da remoção compulsória.

O veto só foi mesmo estabelecido para a promoção à segunda instância. Foi a forma de conciliação entre duas correntes: uma que sustentava que a promoção para os Tribunais só deveria ser feita "por merecimento"; outra que sustentava a necessidade das promoções alternadas, mesmo para a segunda instância, por merecimento e por antiguidade. No Tribunal de Justiça de São Paulo, a maioria estava com a primeira corrente: as promoções só deveriam ser feitas por merecimento. Daí a transigência. Foram conservados os dois critérios, autorizando-se, porém, o Tribunal a vetar, por três quartos dos seus membros, a promoção por antiguidade.

Já para a primeira instância não era significativa a corrente que pretendia também as promoções sòmente por merecimento, de modo que não havia razão para a mudança de critério.

Assim, entendo que o veto não se aplica aos juízes de primeira instância, aos quais se aplica a remoção compulsória, que não tem cabimento, quando se trata de juízes de segunda instância.

---

juiz, perderia êle pràticamente o direito de acesso. Dificilmente poderia obter promoção, a não ser que o Tribunal, nas vagas por antiguidade, estivesse escolhendo os juízes mais antigos por merecimento... Por isso mesmo é que o anteprojeto da Constituição de 1934 dizia que, em tal hipótese, a saber, no caso de promoção por antiguidade, recusada esta, o juiz sacrificado seria aposentado automàticamente (art. 49, § 2.º).

4. Nem valerá argumentar, em defesa do ponto de vista do acórdão, que as leis estaduais permitem a adoção do critério de recusar-se a promoção por antiguidade, mesmo de uma entrância para outra. Tais leis foram baixadas em face da Constituição de 1934, que permitia a recusa, não sòmente para o acesso ao Tribunal, como de entrância a entrância superior. A Constituição de 1946, porém, dizendo que "em se tratando de promoção por antiguidade, *que se apurará na última entrância*, o tribunal resolverá preliminarmente se deve ser indicado o juiz mais antigo", claro que tem em vista a promoção ao cargo de desembargador, pois, da *última entrância* só pode haver promoção para o tribunal.

Nestas condições, parecia-me líquido e certo o direito do juiz reclamante de ser promovido por antiguidade, direito que o Tribunal de Justiça, no entanto, lhe negara.

Isto, quando ao primeiro fundamento.

Quanto ao segundo, não se pode admitir que a Constituição tenha exigido dois terços dos membros efetivos do Tribunal, para a simples remoção compulsória, que não impede o acesso do juiz, como declara o art.º 95, inciso II, da Constituição, e se contente com três quartos dos membros presentes à sessão secreta para indicação de juízes, o que poderia reduzir o seu número a menos do que aqueles dois terços.

---

5. Já quanto ao segundo fundamento do mandado de segurança, parece-me que a decisão sòmente pode ser tomada pelos votos dos desembargadores *presentes*. A lei aqui, como judiciosamente observou o Tribunal, não fala, como no art. 95, n.º II, em "voto de dois terços dos membros efetivos do Tribunal": fala em "recusa por três quartos dos desembargadores". Assim sendo, e como não se pode exigir que, para recusa, o Tribunal sòmente possa deliberar com o *quorum* integral, *au grand complet*, pela possibilidade de existir algum desembargador impedido; e como a convocação de juiz para substituir desembargador impedido ou faltoso não seria curial, tratando-se, de resto, de juiz interessado na decisão, a conclusão razoável foi a que chegou o Tribunal: a recusa se dará se pelo menos três quartos dos desembargadores presentes deixarem de indicar o juiz mais antigo da última entrância, apreciado, pelas suas qualidades, para a promoção a desembargador. Do contrário, se o Tribunal se reúne com menos de três quartos de seus membros, o juiz teria direito à promoção ainda que todos os membros do Tribunal o recusassem.

6. Desta sorte, e em resumo: estamos que a recusa do Tribunal sòmente pode verificar-se tratando-se de promoção de juiz a desembargador, isto é, de promoção de juiz da última entrância ao cargo de desembargador. A promoção de entrância a entrância superior se faz por antiguidade e por merecimento alternadamente, devendo, nos casos de antiguidade, ser promovido o juiz mais antigo. A recusa do juiz, pelo Tribunal de Justiça, em caso de promoção por antiguidade, será considerada pelo voto dos desembargadores presentes à sessão respectiva, devendo o regimento interno de cada tribunal deliberar qual o *quorum*, a saber, qual o número de desembargadores é bastante para essa decisão.

A. Gonçalves de Oliveira

E' pacífico que, nas sessões secretas para a formação de listas de promoção e remoção de juízes, só tomam parte os desembargadores efetivos e nunca os juízes de direito que os substituem.

Se o veto pudesse ser oposto com os votos de três quartos apenas dos juízes presentes, em certas ocasiões, como agora, em que se acham licenciados muitos desembargadores, os três quartos dos presentes poderiam não corresponder senão ao número correspondente a um têrço dos membros do Tribunal.

Por tôdas essas razões e mais pelas que constam do pedido, o meu voto foi concedendo o mandado. Entendi que assim estaria votando mais de acôrdo com as garantias que a Constituição estabeleceu em favor dos magistrados, tanto vale dizer da própria justiça.