TRIBUNAL DE JUSTIÇA — COMPOSIÇÃO — ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

— Interpretação do art. 136 n.º IV da Constituição.

PARECER

I

O Conselho Seccional do Pará da Ordem dos Advogados do Brasil indaga como deve ser preenchida a vaga do quinto no Tribunal de Justiça local, decorrente da aposentadoria do Desembargador *Oswaldo F. de Sousa*, esclarecendo que o colegiado se compõe de quinze membros, dos quais até agora um era advogado e dois eram do Ministério Público, sendo oriundo da Procuradoria da Justiça, o aposentado.

II

1. Com a finalidade de diversificar a composição dos tribunais superiores, as várias Constituições Republicanas determina-

ram que um quinto dos membros dos tribunais de justiça dos Estados fôssem recrutados fora da carreira, preenchidas as respectivas vagas por advogados ou membros do Ministério Público.

2. Nas Constituições de 1934 e 1937 ordenou o legislador constituinte que:

"Na composição dos tribunais superiores, serão reservados lugares correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por *advogados ou membros do Ministério Público*" (texto de 1934, artigo 104, parágrafo 6),

e que

"Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público." (texto de 1937, art. 195).

3. Verifica-se que ambos os textos consideram globalmente a classe dos componentes do quinto, sem discriminar entre advogados e membros do Ministério Público. Efetivamente, a alternativa *ou* esclarece não haver necessidade de representação de ambas as categorias sendo para os fins constitucionais fungíveis os advogados e membros do Ministério Público.

4. A jurisprudência e a doutrina entenderam naquela fase do nosso direito constitucional que nas listas tríplices encaminhadas pelo Tribunal de Justiça ao Poder Executivo não deveriam figurar necessária e simultâneamente os advogados e os procuradores da Justiça.

5. Resumindo a posição dos tribunais, *Pontes de Miranda* esclarece a respeito que:

"Outra dúvida que surgiu na inteligência do princípio, foi quanto a se saber se na lista a ser enviada pelo Tribunal, com os três nomes, haviam de figurar, necessàriamente, advogados e membros do Ministério Público, ou se sòmente de advogados ou de membros do Ministério Público poderia ser feita. No primeiro caso, o Tribunal de Justiça teria de indicar um advogado e dois membros do Ministério Público, ou dois advogados e um membro do Ministério Público. No segundo, ou teríamos dois advogados e um membro do Ministério Público, ou um advogado e dois membros do Ministério Público, ou três advogados, ou três membros do Ministério Público.

A interpretação imediata logo nos mostrava que a classe seria constituída por advogados e membros do Ministério Público, cabendo ao Tribunal de Justiça plena liberdade na escolha. Tanto no texto de 1934 quanto no de 1937, a disjuntiva era expressiva: advogados ou membros do Ministério Público. A despeito do esfôrço de alguns Desembargadores do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, no sentido da necessariedade da classificação do tipo um-dois, ou dois-um, venceu, com tôda razão, a opinião que admitiu qualquer um dos tipos: um-dois, dois-um, ou três. Tínhamos, assim, que o Tribunal de Justiça satisfaria plenamente a exigência constitucional se só indicasse advogados, ou se só indicasse membros do Ministério Público, ainda que o tipo se repetisse por muito tempo, ou indefinidamente. O que constituiria infração dos artigos de 1934 e de 1937 seria a regra regulamentar, ou regimental, ou legal, que limitasse aos advogados, ou aos membros do Ministério Público, a escolha. A fonte de onde haviam de ser tirados os três nomes teria de ser compósita (advogados e membros do Ministério Público); o resultado, compósito ou homogêneo." (*Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de* 1967, Tomo IV, Editôra Revista dos Tribunais, 1967, p. 309/310).

6. A preocupação de assegurar a presença de ambas as classes no Tribunal de Justiça levou o Constituinte de 1946 a modificar a fórmula anterior, substituindo a alternativa ou disjuntiva *ou* pela copulativa *e*, de tal modo que estivessem sempre representados tanto os advogados como os membros do Ministério Público.

7. Não se limitou, todavia, o Constituinte a firmar o princípio, esclarecendo, outrossim, o critério de recrutamento alternativo que queria que fôsse obedecido e, assim, determinando que:

"Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado." (Art. 124, inciso V).

8. A finalidade básica pretendida pela alternatividade constitucionalmente determinada era a igualdade na representação de ambas as classes, dividindo-se, em tese, o quinto em dois décimos; um décimo do tribunal seria constituído por advogados e outro por membros do Ministério Público.

9. Na prática, a solução oferecida, embora revelando importante progresso sôbre a legislação anterior, não conseguiu resolver todos os problemas, a fim de garantir a aplicação do princípio constitucional. Efe-

tivamente, o princípio era no sentido da representação paritária e o critério alternativo parecia ser o meio adequado para alcançar a finalidade desejada. Podia, todavia, acontecer que não houvesse correspondência entre a alternatividade nas nomeações e a alternatividade nas vagas. Explicando melhor, era possível no sistema da Constituição de 1964 que o último nomeado — por exemplo um advogado — falecesse ou se aposentasse antes dos seus colegas do quinto membros do Ministério Público, de tal modo que a sua vaga, de acôrdo com o critério alternativo, fôsse preenchida por Procurador da Justiça. Se, no Tribunal em questão, só houvesse dez desembargadores e, em conseqüência, dois representantes do quinto, a substituição do advogado nomeado em último lugar por membro do Ministério Público implicaria em deixar o Tribunal com um quinto constituído exclusivamente de Procuradores da Justiça.

10. Para obviar a tal possibilidade que não se coaduna com o princípio constitucional, a Constituição de 1967 abandonou o critério alternativo, determinando que os membros do quinto fôssem substituídos por magistrados oriundos da mesma classe que os que se retiravam do Tribunal. Assim, os desembargadores que tivessem sido anteriormente advogados seriam substituídos por advogados, o mesmo ocorrendo com os membros do Ministério Público.

11. As Constituições Estaduais adaptaram-se ao texto federal, como se verifica pelo art. 109, parágrafo 2.º, da Constituição do Pará, que repetiu com uma modificação de artigo, irrelevante no caso, o texto do artigo 136, IV da Constituição federal.

Efetivamente, é o seguinte o inteiro teor do artigo 109 da Constituição paraense:

"Art. 109. O Tribunal de Justiça, com sede na Capital e jurisdição em todo o Estado, compõe-se de Desembargadores, nomeados pelo Governador (art. 92, IV e 116, IV).

Parágrafo 1.º O número de Desembargadores, fixado em lei, sòmente poderá ser alterado por proposta do Tribunal de Justiça.

Parágrafo 2.º Observado o disposto no art. 116, inciso IV, um quinto dos lugares do Tribunal de Justiça 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 forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou a membros do Ministério Público serão preenchidos respectivamente por advogado ou membro do Ministério Público, indicado em lista tríplice."

12. As Constituições estaduais que não se adaptarem foram objeto de representação por parte das autoridades competentes que foram acolhidas pelo Supremo Tribunal Federal, decidindo a Excelsa Côrte que devia ser adotado nos vários Estados o critério da substituição dos membros do quinto por magistrados oriundos da mesma classe que os substituídos.

Assim, o art. 60, inciso I da Constituição do Estado da Guanabara adaptada em 1967 ao nôvo texto federal tinha a seguinte redação:

"Art. 60. 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. No caso de antiguidade, poderá recusar o juiz mais antigo, pelo voto da maioria dos Desembargadores, repetindo-se a votação até se fixar a indicação. No caso de merecimento, a lista tríplice se comporá de nomes escolhidos dentre os Juízes de qualquer entrância.

I — Na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares 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 forense. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público, serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice. O preenchimento dos lugares reservados aos advogados e aos membros do Ministério Público, será feito alternadamente, ora por uma classe ora por outra.

II — A remoção ao Tribunal de Alçada dar-se-á por antiguidade e por merecimento, alternadamente."

13. Na representação n.º 765 que foi julgada procedente pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, o Governador do Estado da Guanabara argüiu a inconstitucionalidade do texto supra nos seguintes têrmos:

"Ao trasladar o art. 136, IV, da Constituição do Brasil, *obrigatòriamente* incorpo-

rado à organização da Justiça dos Estados (art. 136, *caput*), permitiu-se o constituinte o seguinte acréscimo: *"O preenchimento dos lugares reservados aos advogados e aos membros do Ministério Público será feito alternadamente, ora por uma classe, ora por outra"*.

Logo depois que o texto federal alude ao preenchimento do quinto dos lugares *respectivamente* por advogados ou membros do Ministério Público, acrescentou a Constituição estadual *alternadamente*.

Evidente a disparidade de situações: enquanto o *art. 136, IV, da Carta Magna assegura o lugar de um e outro ramo* respectivamente, na cadeira a vagar, quer o constituinte estadual compor os tribunais por critérios arbitrários, de mero acaso. *Vaga uma cadeira do Ministério Público, nela entrará outro membro do Ministério Público, na forma da Constituição federal. A mesma vaga, se preenchida a anterior, por membro do Ministério Público, caberá a advogado, desfalcando a proporcionalidade de investidura. Se o membro do Ministério Público ou o advogado tiverem idades diferentes ou voluntàriamente se aposentarem, a harmonia do preenchimento das vagas quebrar-se-á, em favor de uma classe, com detrimento das justas aspirações de outra.* Inegável a inconstitucionalidade do abusivo acréscimo, flagrantemente contraditório com o art. 136, IV, da Constituição federal, que, no caso, não precisaria ser transcrita, dado ser a norma de aplicação direta e imediata.

Na primeira parte do art. 60, I, está determinada a substituição respectiva *dos advogados e membros do Ministério Público,* conforme a vaga houver sido decorrente de saída de advogado ou membro do Ministério Público. É o preceito do art. 136, inciso IV, da nova Constituição do Brasil. Na segunda parte está ordenada a substituição *alternada,* segundo o sistema da Constituição federal de 1946, *revogado* pela nova Constituição do Brasil.

A patente antimonia contida na norma do art. 60, I, da nova Constituição estadual tornará impossível aos Tribunais preencher as vagas ocorrentes em relação aos lugares reservados aos advogados e membros do Ministério Público.

A argüição, na espécie, limita-ee ao expurgo, no período final do art. 60, I, da Constituição estadual."

14. É evidente a antinomia entre o critério alternativo e a vinculação da vaga à categoria profissional (de advogados ou de membros do Ministério Público), mas é certo que a intenção do legislador, ou seja, a *mens legis,* ao modificar o texto constitucional anterior, foi no sentido de assegurar a paridade de representação de ambas as classes (de advogados e membros do Ministério Público).

15. Pelas razões acima aduzidas, o critério alternativo, embora aparentemente justo podia, em determinadas condições, ser falho no sentido de não garantir a igualdade de representantes de ambas as classes. Melhorando a técnica legislativa, estabeleceu o legislador constituinte que o equilíbrio alcançado não deveria ser modificado, em virtude de morte ou de aposentadoria que pudessem alterar a representação paritária.

16. A premissa do legislador constituinte foi, todavia, a existência inicial de uma igualdade que doravante teria que ser respeitada e não poderia sofrer alteração. É evidente que se, ao contrário, o quadro vigente no momento da promulgação do nôvo texto constitucional não atendesse a igualdade pretendida, era preciso corrigir inicialmente a situação para depois, atingido o equilíbrio, mantê-lo e evitar as eventuais distorções. Assim, por exemplo, se em determinado Estado, em virtude do critério alternativo estabelecido na Constituição de 1946, os dois únicos desembargadores, membros do quinto, fôssem oriundos do Ministério Público, é incontestável que a primeira vaga deveria ser preenchida por advogado, embora a vaga ocasionalmente tivesse sido de Ministério Público, sob pena de desobediência à igualdade de representação determinada como princípio constitucional básico, do qual o critério da substituição, por membro da mesma classe é apenas corolário ou decorrência.

Assim sendo, no caso de conflito entre a igualdade e o critério da substituição, deve prevalecer o princípio sôbre o método estruturado para garantir a execução da norma, pois na hermenêutica, os meios devem obedecer e atender aos fins da lei.

17. Nos casos de número ímpar de representantes do quinto, como ocorre no caso do Pará, uma das vagas deve ser necessária e exclusivamente dos advogados, outra nas mesmas condições do Ministério Público e a terceira deve alternativamente ser preenchida por advodado e membros do

Ministério Público, atendendo-se, assim, à finalidade da lei que foi de igualar advogados e procuradores da Justiça, garantindo a ambos direitos iguais e representação quantitativamente idêntica nos Tribunais de Justiça.

18. Pelo exposto, entendemos que a vaga oriunda da aposentadoria do Desembargador *Oswaldo F. de Sousa* deve ser preenchida por advogado, como será de justiça e direito.

Salvo melhor juízo.

Arnoldo Wald, Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.