TRIBUNAL DE JUSTIÇA — TRIBUNAL DE ALÇADA — VAGAS RESERVADAS A ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO — REPRESENTAÇÃO

— Os juízes que, no Tribunal de Alçada, integram o quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público poderão concorrer, a critério do Tribunal da Justiça, ao preenchimento de vaga da mesma natureza que se verifique nesse último Tribunal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Procurador-Geral da República versus Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Representação nº 879 — Relator: Sr. Ministro ANTONIO NEDER

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Rp nº 879, do Estado do Rio Grande do Sul, em que é representante o Procurador-Geral da República e representado o Tribunal de Justiça do referido estado, decide o Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, por maioria, julgar improcedente a representação, de acordo com as notas juntas.

Brasília, 13 de dezembro de 1972. *Aliomar Baleeiro*, Presidente. *Antonio Neder*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Neder: O eminente Sr. Procurador-Geral da República submete, a esta Corte, o exame de norma estadual editada pelo eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para o fim de lhe declarar a inconstitucionalidade, argüida pelos órgãos componentes do Ministério Público sul-riograndense nestes termos (fls. 5-12):

"O Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Bacharel Lauro Pereira Guimarães; o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, pela totalidade dos seus integrantes bem como o Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, sob a presidência do mesmo, vêm com o máximo acatamento, perante Vossa Excelência, nos termos da Lei nº 4.337, de 1.6.64, e para o efeito do art. 119, I, e, da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda nº 1, de 1969, oferecer representação relativa à inconstitucionalidade do art. 11, § 5º, do vigente Código de Organização Judiciária deste estado, instituído por resolução do eg. Tribunal de Justiça deste estado, em sessão

plenária de 26.8.70, publicado no D.O.E. de 2.9.70 e republicado em 14.9.70, cujo texto é do seguinte teor:

"Art. 11. O Tribunal de Alçada, com sede na capital e jurisdição em todo o território do estado, é constituído de 10 juízes de alçada, escolhidos dentre juízes de direito de quarta entrância, advogados e membros do Ministério Público, indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Governador.

§ 1º Na composição do Tribunal de Alçada, um quinto dos lugares caberá a advogados em efetivo exercício da profissão e a membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com 10 anos, pelo menos, de prática forense, e que serão indicados em lista tríplice. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público.

§ 2º O número de membros do Tribunal de Alçada só poderá ser alterado mediante proposta do Tribunal de Justiça.

§ 3º A escolha dos juízes de alçada, dentre os juízes de direito, advogados e membros do Ministério Público, será feita pelo Tribunal de Justiça em sessão e escrutínio secretos. Quando a vaga a preencher for de juiz de direito, a escolha será feita alternadamente por antiguidade e merecimento, esta em lista tríplice, que será encaminhada ao Governador do Estado. Quando se tratar de vaga por antiguidade, o Tribunal de Justiça poderá, pelo voto da maioria dos desembargadores, recusar o juiz mais antigo, repetindo a votação para cada nome que se seguir até fixar-se a indicação.

§ 4º Os juízes de alçada, escolhidos dentre os juízes de direito de quarta entrância, conservarão esta categoria e concorrerão, em igualdade de condições com os demais juízes, à promoção a desembargador.

§ 5º *Os juízes de alçada, integrantes do quinto, poderão concorrer a critério do Tribunal de Justiça, ao preenchimento de vaga da mesma natureza nesse Tribunal.*

1. A norma incriminada contravém, em sua formulação, ao disposto no *art. 144, inc. IV*, da Carta Magna, que dispõe:

"Art. 144.

...

IV — 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."

2. A regra constituicional, exceção feita do derradeiro período, tem redação igual ao art. 136, IV, da Carta Magna de 1967, em seu texto primitivo, e idêntica à do art. 124, V, da Constituição de 1946, cujo conteúdo normativo era nuclearmente o mesmo.

A inclusão da clásula "em efetivo exercício da profissão" visou a explicitação da *mens legislatoris*, arredando, assim, em definitivo, qualquer dúvida porventura remanescente após a modificação da norma das Cartas de 1934 (art. 104, § 6º), e 1937 (art. 105) pela de 1946:

Nas duas primeiras, a disjuntiva "ou", entre "advogados" e "membros do Ministério Público" admitia o entendimento de que a composição classista podia ser exclusiva de alguma das duas categorias.

Já a Constituição de 1946, que substituiu a disjuntiva pela copulativa "e", afastou aquela inteligência, mas ensejou a in-

terpretação de que era desnecessário o efetivo exercício profissional.

Rigorosamente, estava implícito na regra maior que a categoria se identificava pelo exercício atual, no momento da escolha.

Deixam entrever este pensamento ilustres membros da Comissão de Constituição da Constituinte de 1946, segundo refere José Duarte (*A Constituição Brasileira*, 2º v., p. 453 e seguintes), destacando-se as ponderações feitas por Prado Kelly, Costa Neto e Nereu Ramos.

O mesmo entendimento é esposado por Arnoldo Wald, em parecer publicado na *R.T.* 396/37-40, em que é referida decisão da Corte Excelsa na Rp 765, referente ao art. 60, I, da Constituição do Estado da Guanabara, de 1967, julgada procedente.

3. A evolução do tratamento constitucional da matéria deixa certo que se estabeleceu o requisito do desempenho efetivo da profissão ou função, no momento da escolha do membro classista do Tribunal.

A cláusula, construída com a aparência de explicativa, por intercalada entre vírgulas, não conduz a conclusão diversa, ainda que admitida como restritiva.

À objeção possível, de que a restritiva anteposta a "membros do Ministério Público" reflita a preocupação de excluir os membros desta classe, cabe ponderar que o inc. IV, do art. 144, da Constituição Federal, constitui norma reguladora da composição classista dos tribunais, havendo estabelecido o princípio da presença paritária.

Sendo um único o objetivo e a finalidade da regra, um só poderá ser o respectivo conteúdo normativo, sob pena de se ferirem os princípios hermenêuticos, por ensejada a contradição interna da norma (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 5. ed., p. 168-70).

4. A resultado diferente, não se chega pelo processo teleológico de interpretação que apenas reforça as conclusões emanadas dos métodos gramatical e lógico.

Regra eminentemente indígena, em sua formulação, tão variadas as soluções sugeridas pelo direito comparado, de visível inspiração democrática, ou política, como entende Pontes de Miranda (*Coment. à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*, Tomo 4, p. 320), sua grande finalidade reside no enriquecimento dos julgados através da experiência e visualização diversa do mesmo problema jurídico.

A perspectiva do defensor dos interesses individuais — o advogado — tantas vezes em antagonismo com a do defensor dos interesses sociais — o Ministério Público — porém ambos partes no feito, é elemento útil ou importante para ponderar corretamente os elementos de determinada situação, ensejando a aplaudida interpretação sociológica ou evolutiva da lei.

Se essa é a *ratio legis*, inarredável é a parificação da composição classista, indelevelmente marcada pela pureza de sua efetiva e real atualidade, para a investidura.

5. Resulta da norma constitucional, de caráter imperativo, a exigência do atual e efetivo exercício da profissão ou função como requisito à escolha dos integrantes da lista para preenchimento das vagas destinadas a advogados e membros do Ministério Público.

Burlar a efetiva atualidade do exercício profissional ou funcional, com o sofisma de que a intercorrente investidura e cargo judiciário não afasta a qualificação de origem, além de conflitar com o art. 57 do mesmo diploma importa em desprezar-se o princípio insculpido no inc. IV, do art. 144, da Lei Maior.

Referindo-se a advogados, a Constituição Federal escoimou dúvidas ao desde

logo expressar a restrição: "em efetivo exercício da profissão". Restringiu, porque poderia surgir válido debate sobre a conceituação de "advogado", mas já quanto ao Ministério Público tal disposição seria despicienda, porquanto está na lei própria a definição da instituição, quais seus órgãos e membros.

É intuitivo que membro do Ministério Público não é o exonerado. Essa a lição de Pontes de Miranda:

"A pessoa que não pertence ao quadro dos juízes não pode pretender a promoção nos quatro quintos. A pessoa que não advoga ou não é membro do Ministério Público não pode pretender o ingresso com fundamento no art. 144, IV. Não basta que possa advogar; é de mister que advogue. Por outro lado, 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 que não pode ser incluído, por estar aposentado, não está privado, se é advogado, de figurar na lista tríplice de advogados" (*Com. à Constit. de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, Tomo 4, p. 322).

Quem, no momento da escolha, não é membro ou já não o é mais, não poderá ser escolhido como representante dessa classe para a composição do Tribunal.

O egresso do Ministério Público, nomeado para o Tribunal de Alçada, já exonerado de suas primitivas funções passou a integrar o quadro da Magistratura no momento da posse, gozando de todas suas garantias, percebendo suas vantagens e passando a exercer função jurisdicional.

É bem verdade que não ingressou em cargo inicial da carreira através de concurso público de provas e títulos, mas é incgável que, através de um processo especial de admissão, passou a integrar a Magistratura. Se houve também a integração na carreira, com os efeitos daí decorrentes para o preenchimento dos quatro quintos, é questão que não tem pertinência com a presente suscitação.

6. No eg. Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, há o entendimento, unânime, da inconstitucionalidade do dispositivo, como resulta claro de decisão tomada em sessão plenária de 13.3.71, ao apreciar argüição de inconstitucionalidade na Rcl nº 19/67, de que foi relator o Desembargador Francisco Pereira de Bulhões Carvalho.

Tratava-se de reclamação formulada por juízes de direito, no ano de 1967, contra a lista de antiguidade dos magistrados daquele estado, atualizada até 21.12.66, em que a Procuradoria-Geral da Justiça suscitou preliminar de inconstitucionalidade, acolhida pelo Conselho Superior da Magistratura em 18.4.69, determinando o exame da questão pelo eg. Tribunal Pleno.

Aí deve ser buscada a razão pela qual a Resolução nº 1, de 2.12.70, tomada pela unanimidade dos integrantes daquele eg. Tribunal, no exercício dos poderes que lhe foram conferidos pelo § 5º do art. 144 da Constituição Federal vigente, eliminou o dispositivo, facultando ao Pleno que julgasse prejudicada a referida argüição de inconstitucionalidade, não sem antes afirmar:

"Este segundo preceito, como bem observou a exposição feita nestes autos pelos ilustrados juízes integrantes do quinto Tribunal de Alçada, a fls. 32, foi revogado pelo art. 18 da Emenda Constitucional 16, de 26.11.65, reproduzida no art. 136, nº IV, da Constituição do Brasil, e art. 144, no IV da atual Constituição Federal."

7. A análise dos textos demonstra que o § 5º do art. 11 do C.O.J. deste estado, em sua parte final, ao permitir que Juiz de Alçada, de origem classista, concorra

a "vaga da mesma natureza" para a composição do Tribunal de Justiça, fere o *princípio estatuído* no inc. IV do art. 144 da Carta Magna, de que o quinto dos Tribunais estaduais seja preenchido por membros em efetivo exercício da profissão ou função.

8. Aguardam os signatários, com o maior respeito, a serena e superior apreciação de Vossa Exª, confiando em que venha a argüir, perante a Corte Excelsa, o vício do § 5º do art. 11 do C.O.J. deste estado, a fim de submeter ao julgamento do Supremo, intérprete da Carta Magna, e guardião dos seus princípios, questão relevante, do interesse da organização judiciária deste e de outros Estados-membros, para que se garanta a pureza constitucional da composição dos Tribunais.

O eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por seu Presidente, o nobre Desembargador Manoel Brustoloni Martins, informou o seguinte sobre o assunto (fls. 67-74):

"2. Efetivamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a permissão constitucional do art. 144, IV, aprovou Resolução dispondo sobre a Organização Judiciária do Estado e, modo particular, estabeleceu no art. 11, § 5º, que 'os juízes de alçada, integrantes do quinto, poderão concorrer a critério do Tribunal de Justiça ao preenchimento de vaga da mesma natureza nesse Tribunal' ".

3. A inconstitucionalidade da norma estadual que se insimula, estaria em contravir à regra do art. 144, inc. IV, da Lei Fundamental da República, que impõe, "na composição de qualquer Tribunal", o preenchimento de um quinto de lugares "por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público". Quem passou a integrar o Tribunal de Alçada, afirma-se, perdeu a condição de representante do Ministério Público.

4. Os argumentos expendidos em apoiamento à tese denotam, no entretanto, excessiva insistência na literalidade dos textos, o que já não merece a recomendação dos hermeneutas, pois "o maior perigo, fonte perene de erros, acha-se no extremo oposto, no apego às palavras. Atenda-se à letra do dispositivo; porém com a maior cautela e justo receio de sacrificar as realidades morais, econômicas, sociais, que constituem o fundo material e como o conteúdo efetivo da vida jurídica ..." (Carlos Maximiliano, *Herm. e apl. do Direito,* p. 145, ed. F. Bastos, 1957). E nem por esses clássicos da interpretação o processo gramatical conduz à exceção, distinção, restrição pretendida (Maximiliano, *op. cit.* p. 144).

5. Na elucidação do princípio do art. 144, inc. IV, enunciado, mister se compreenda antes que "o objetivo do projeto foi injetar sangue novo nos tribunais. Os que estiveram na Constituinte de 1934 sabem que o dispositivo fora despertado, sobretudo, pela lembrança do papel que Pedro Lessa representou no Supremo Tribunal ..." (José Duarte, *A. Const. Bras. de 1946,* v. 2 p. 455, Imprensa Nacional, 1947). Pode-se igualmente entender que se estabeleceu o quinto nas Cortes de Apelação com fito de democratizar, ainda mais, o sistema de composição desses tribunais" (Paulino Jacques, *Curso de dir. constitucional,* p. 305, ed. Forense, 1958).

6. Destarte, se o homem não faz "porque", "mas para que — a fim de realizar tal ou tal propósito" (Rudolf von Ihering, *A evolução do Dir.,* p. 29, ed. Progresso, 1950), transcende-se o simples vocábulo para, relevando todo conteúdo, sentido e alcance da lei, manter a finalidade patenteada, o desígnio conhecido. A preocupação nunca foi, assim, afastar-se o advogado ou agente do Ministério Público integrado em Tribunal de Alçada; o objetivo foi,

antes, de fazer com que esses profissionais trouxessem a sua experiência peculiar para as Cortes. À evidência que essa prática de vida permanece nos egrégios representantes classistas e não se apaga com as novas funções.

7. Desnecessário, doutra parte, o esforço exegético estender a intercalada "em efetivo exercício da profissão", aos membros do Ministério Público, o segundo termo do agente da passiva no dispositivo constitucional precitado. Gramaticalmente, inequívoco que essa expressão adere tão-só ao primeiro termo, aos advogados. E, sobre isso, significa-se aí o advogado realmente advogado, tão apenas bacharel, nem só inscrito, habilitado. Não se refere, pois, a membro do Ministério Público e tampouco haveria razão, porquanto tem essa condição somente quem ingressou nas funções próprias e as exerceu. Confirma-se, igualmente, aí, o propósito reiterado de que se quer a experiência do profissional da advogacia, do profissional do Ministério Público, não o título, não a forma vazia.

8. Outrossim se pretende infirmar a condição constitucional exigida, asseverando-se *status* próprio de magistrado ao egresso do Ministério Público que foi nomeado para o Tribunal de Alçada, visto que exonerado de suas primitivas funções. Ora, indiscutível que o advogado e membro do Ministério Público, como integrantes do Tribunal, são juízes com todas garantias de juízes, porque julgadores. Quanto à posição funcional, contudo, também irrecusável a distinção, pois continuam "estranhos", no dizer de Pontes, ou "classistas", conforme conhecidos. E por isso se predica que, "quando a lei disser um por um, ou um por dois, etc., entende-se referente à promoção de juízes, porque não é previsível o preenchimento por estranho, dependente, como é, de vaga no quinto dos estranhos" (Pontes, *Coment. à Const. R.E.U. Bras.*, 1934, II, p. 18, ed. Guanabara). "A pessoa que não pertence ao quadro dos juízes não pode pretender a promoção nos quatro quintos" (Pontes, *Coment. Const. de 1946*, III/476). Se realmente as completas se identificassem ao juiz profissional, ao de carreira, aí, sim, poderíamos fraudar o princípio constitucional do quinto, com a promoção de classistas como se fossem profissionais, desfigurando a curto prazo a proporção estabelecida. A propósito importa referir e anexar as arrazoadas palavras de ilustre magistrado jubilado, Dr. Arthur Augusto Prates Piccoli.

9. Juízes, inegavelmente juízes, 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 conseqüência, que na mesma condição podem ser incluídos em listas para preenchimento de vaga no Tribunal de Justiça.

10. Nesta altura, vale ressaltar a compatibilidade entre essa interpretação logicamente deduzida com aquela que atende à razão de ser do mandamento constitucional. Continuando na condição de representante do Ministério Público e só por outro sendo substituído, guardando essa origem sob pena de modificar e subverter o quinto imposto na Lei Maior, esse juiz igualmente 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 abrilhantar os trabalhos do Tribunal de Justiça.

11. Seria, aliás, sem sentido escolher renomados causídicos e fiscais da lei para o Tribunal de Alçada e depois, por injustificada *capitis diminutio*, impedi-los de compor a Corte Superior do Estado, não concorrendo entre os juízes de carreira porque "estranhos" e quebrariam a proporção, não concorrendo entre os "classistas", porque não mais seriam da classe. Diante da limitação desarrazoada, por certo, profissionais com mérito ficariam constrangidos em aceitar as funções judicantes. A interpretação, vê-se, pois, deve ainda ser razoável. O "logos" da razoabilidade acompanha, por isso, criticamente os outros processos de investigação do Direito, para conferir-lhes a conclusão possível. Os conteúdos jurídicos são, na verdade, regidos mais pela *"logica de lo razonable, de lo humano, o de la razón vital e histórica"*. Não interessa determinar puras realidades, *"sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades"* (Luiz Recaséns Siches, *El "logos" de lo razonable*, Dianóia, p. 53, 1956).

12. O exame doutrinário ainda não enfrentou particularmente a questão, sendo que Pontes de Miranda vem, desde os *Comentários à Constituição de 1934*, sublinhando a impossibilidade de quem não pertence ao quadro de juízes pretender a promoção dentro nos quatro quintos. Além disso, tendo inicialmente excluído o órgão do Ministério Público em disponibilidade, não reiterou isso em ulteriores observações. Confirma, assim, aspectos acima discutidos e não fica adstrito à letra dos dispositivos, à prima vista. (*Coment. Const. R.E.U. Bras.*, 1934, ed. Guanabara, p. 18; *Com. Const. Fed. de 10.11.37*, III, p. 194, ed. Pongetti; *Com. à Const. 1946*, III/476, ed. Borsói; *Com. Const. 1967*, IV p. 310, ed. *R.T.*; *Com. Const. 1967*, em I, IV, p. 322, ed. *R.T.*).

13. Inexistiu realmente litígio sério sobre a validade de passagem, dentro no quinto, para o Tribunal de Justiça, assim se dispôs inclusive mediante normas expressas (art. 17, § 1º, Res. 46, 29.12.70, Minas; art. 16, Res. Normat. nº 1, 26.6.70, Paraná), ou uso que se faz tradicional em mais Cortes pela validade da opção.

14. A questão, todavia, não é nova e, conquanto não sofresse dúvidas maiores em outros estados da Federação, inegável que alguma disputa existiu, tanto que se chegou a propor solução legal. Com efeito, na elaboração da Carta de 1967, as emendas nº 263 (Sen. Heribaldo Vieira), 546 (Sen. Eurico Rezende), 547 (Sen. Eurico Rezende), 849/15 (Sen. Eurico Rezende) e 873-13 (Dep. Adaucto Lúcio Cardoso), entre outros, tiveram o propósito de explicitar que os juízes do Tribunal de Alçada, nomeados pelo quinto, concorreriam nessa qualidade ao Tribunal de Justiça. Justificava o deputado Adaucto Cardoso a intenção ainda de resolver "em definitivo a controvérsia relacionada com a situação dos juízes dos Tribunais de Alçada nomeados pelo quinto, assegurando a possibilidade de sua promoção do Tribunal de Justiça, como se ainda fossem representantes da classe dos advogados ou do Ministério Público". (*Anais da Const. de 1967*, v. 6, Tomo 2, p. 946, *Dir. inf. leg. Sen. Fed.*, 1970). Já o Sen. Eurico Rezende advertia, no apoio de suas emendas, que a redação primitiva "poderia justificar o entendimento de que os juízes do Tribunal de Alçada, sem qualquer distinção, poderiam concorrer às vagas do Tribunal de Justiça", e, assim, se fazia mister "reservar as vagas de carreiras aos juízes de carreira, e as correspondentes ao quinto constitucional aos integrantes desse mesmo quinto. Do contrário, com o correr do tempo, o quinto transformar-se-á

em quarto, em terço, metade ou mais" (op. cit. p. 569). À outra emenda, acrescentou razões de que as vagas do quinto devem ser, pois, ocupadas pelos representantes das classes dos advogados e do Ministério Público. Eles, porém, não devem concorrer com os juízes de carreira, no tocante às vagas dessa espécie, como é óbvio" (op. cit., p. 921).

15. Sabe-se que a emenda 849/15 recebeu parecer favorável do Sub-relator Adaucto Cardoso, que foi subscrito pelo Relator-Geral Sen. Antônio Konder Reis, os quais consideraram prejudicadas as demais no mesmo sentido (*Anais cit.*, v. 5, p. 132, 145). Nesse parecer do eminente Sub-relator, que depois dignificou também o Pretório Excelso, resumiu-se apenas que "a situação dos advogados e dos membros do Ministério Público, que constituem o chamado quinto dos tribunais foi provida de maneira minuciosa e justa, o mesmo ocorrendo ao problema da promoção dos membros dos chamados Tribunais de Alçada existentes em alguns estados (*id. ib.*). Melhor, contudo, pareceu a redação que veio a prevalecer, sem minuciar a solução, considerando-se prejudicada a emenda que se rejeitou na 40ª sessão (*Anais*, cit. v. 4, Tomo 2, p. 544).

16. Esses precedentes legislativos, porém, embora não tivessem alcançado o fim almejado, confirmam sua razoabilidade pelos argumentos alinhados e pela autoridade de quem os apresentou. Asseguram tanto a viabilidade como o acerto do Código de Organização Judiciária em provendo sobre a composição dos Tribunais do Estado. Em contrapartida, a emenda 416 (Sen. João Abraão), que redigia limitativamente membros "efetivos" do Ministério Público, essa obteve parecer contrário do emérito Sub-relator" (*Anais*, cit. v. 6, Tomo 2, p. 461).

17. Esclarecida assim a situação em todas circunstâncias, impondo-se assim os fatos, com as soluções possíveis, conforme as razões discutidas, irrecusável que bem andou o Tribunal de Justiça em consagrar a tese mais certa, lógica, justa e razoável, sem hostilizar sequer à letra da Constituição e muito menos seu espírito.

Essas, Senhor Ministro, as observações que me permiti expender para o amplo debate e maior elucidação da espécie. Acrescento a V. Exª e eminentes pares que o eg. Tribunal de Justiça, à época da representação, elaborou lista tríplice, incluindo ilustre Juiz de Alçada — (oriundo do Ministério Público, ex-Procurador-Geral da Justiça, remanescente de anterior indicação) — para nomeação como desembargador, dentro do quinto reservado ao Ministério Público e advogados."

Finalmente, a ilustrada Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer adiante transcrito (fls. 78-88):

"A presente representação — resultante de solicitação do Ex.mo Senhor Procurador-Geral da Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público e da Associação do Ministério Público, todos do Estado do Rio Grande do Sul — argúi a inconstitucionalidade do art. 11, § 5º, da Resolução de 26.8.70, do eg. Tribunal de Justiça daquele Estado.

Reza o citado dispositivo:

"Art. 11.

...

"§ 5º Os juízes de alçada, integrantes do quinto, poderão concorrer a critério do Tribunal de Justiça ao preenchimento de vaga da mesma natureza nesse Tribunal."

Esse parágrafo — segundo os solicitantes da representação — se choca com o inc. IV do art. 144 da Emenda Constitucional nº 1, no qual se lê:

"Art. 144.

...

IV — 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."

Solicitadas informações ao eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, defendeu ele a constitucionalidade do § 5º do art. 11 da Resolução, com os seguintes argumentos:

a) a tese da inconstitucionalidade do preceito se baseia em "excessiva" insistência na literalidade dos textos, o que já não merece a recomendação dos hermeneutas;

b) a preocupação de nossas Constituições nunca foi afastar-se o advogado ou agente do Ministério Público integrado em Tribunal de Alçada, mas, sim, de fazer com que esses profissionais trouxessem a sua experiência peculiar para as Cortes, e essa prática de vida permanece nos egrégios representantes classistas e não se apaga com as novas funções;

c) o advogado e membro do Ministério Público, como integrantes do Tribunal, são juízes com todas as garantias de juízes, porque julgadores mas, quanto à posição funcional, também é irrecusável a distinção, pois continuam *estranhos,* no dizer de Pontes, ou classistas, conforme conhecidos;

d) se realmente às completas se identificassem ao juiz profissional, ao de carreira, aí, sim, poderíamos fraudar o princípio constitucional do quinto, com a promoção de classistas como se fossem profissionais, desfigurando a curto prazo a proporção estabelecida;

e) a interpretação deve ser razoável, e seria sem sentido escolher renomados causídicos e fiscais da lei para o Tribunal de Alçada e depois, por injustificada *capitis diminutio,* impedi-los de compor a Corte Superior do Estado, não concorrendo entre os juízes de carreira porque "estranhos" e quebrariam a proporção, não concorrendo entre os "classistas", porque não seriam mais da classe; e

f) a elaboração da Constituição de 1967, de alguma forma, corrobora a constitucionalidade do dispositivo em questão.

Foram anexados a essas informações dois artigos do Dr. Artur Augusto Picolli, em defesa da mesma tese, sendo que um deles escrito para rebater opinião contrária do Prof. Alcides de Mendonça Lima.

3. Ponderadas todas as alegações que se apresentam pró e contra a constitucionalidade do § 5º do art. 11 da Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não tenho dúvida em manifestar-me pela sua inconstitucionalidade.

A letra do inc. IV do art. 144 da Emenda Constitucional nº 1 é de cristalina clareza no sentido de que o quinto da composição de *qualquer Tribunal Estadual* — e, conseqüentemente, tanto o Tribunal de Alçada quanto o Tribunal de Justiça — será preenchido por quem, no momento do ingresso, *seja advogado em efetivo exercício da profissão, ou tenha a qualidade de membro do Ministério Público.* Esse princípio é afirmado e reafirmado no texto constitucional: afirmado, quando o referido inciso declara que "na composição de qualquer Tribunal um quinto dos lugares será peenchido 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";

e reafirmado, na frase imediatamente seguinte, com este teor — "Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicados em lista tríplice."

Mas, não é apenas a interpretação literal que nos conduz a esse resultado. A ele nos levam, também, todos os princípios da chamada interpretação lógica. Nesse campo, os próprios trabalhos preparatórios — ao contrário do que pretendem fazer crer as informações do eg. Tribunal representado — já estão a indicar que a letra do dispositivo traduz a *mens legis*. Como se vê das informações, às fls. 72 e 73 dos autos, houve emendas para declarar que os juízes do Tribunal de Alçada, nomeados pelo quinto, concorreriam nessa qualidade ao Tribunal de Justiça, mas foram elas rejeitadas, e, no texto do inc. IV do art. 136 da Constituição Federal de 1967 (que é igual ao do inc. IV do art. 144 da Emenda Constitucional nº 1), encontra-se um elemento que não constava das disposições análogas que se achavam nas Constituições de 1934, de 1937 e de 1946, e que é o requisito de que só poderão concorrer à composição do quinto advogado *em efetivo exercício da profissão.*

Ora, é indisputável que o advogado ou membro do Ministério Público de Alçada, adquire a qualidade de *magistrado,* perdendo, em conseqüência, a condição de advogado ou de membro do Ministério Público. Se não mais é advogado (e, portanto, não pode estar em exercício efetivo da advocacia) ou membro do Ministério Público, como poderá concorrer a vaga pelo quinto que a Constituição expressamente reserva a quem, para poder fazê-lo, deva ser advogado em exercício efetivo da profissão ou membro do Ministério?

Para rebater-se essa interpretação, que é de lógica incensurável, apresentam-se argumentos tendentes a demonstrar que, dessa forma, se estará dando ao dispositivo constitucional sentido que conduz a absurdo, com relação àqueles que, pelo quinto, ingressaram nos Tribunais de Alçada. Mas esses argumentos, *com a devida vênia,* são de absoluta improcedência. Com efeito, pretende-se fazer uma distinção que a Constituição — e assim o é desde 1934 — de forma alguma faz: a de juízes de carreira e a de juízes estranhos à carreira, também denominados classistas. Juiz de carreira seria o que ingressasse na magistratura mediante o concurso de provas e títulos, a que alude o inc. I do art. 144 da Constituição vigente; juiz classista, o que fosse nomeado para integrar Tribunal Superior Estadual, pelo quinto dos advogados ou membros do Ministério Público. Desse modo, apenas aqueles poderiam ser promovidos, e, por esse meio, alcançar assento no Tribunal de Justiça; estes ocupariam cargos isolados, sem direito a promoção, e com a possibilidade, apenas — como declara o § 5º do art. 11 da Resolução do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — de concorrerem ao preenchimento de vagas, pelo quinto, no Tribunal de Justiça. E, assim sendo, pretende-se que, se o juiz do Tribunal de Alçada — que não poderia ser promovido, por não ser juiz de carreira — não pudesse concorrer, conservando sua qualificação de origem (advogado ou membro do Ministério Público), ao Tribunal de Justiça, se estaria afastando — o que nunca foi preocupação de nossas Constituições — o advogado ou membro do Ministério Público integrado no Tribunal de Alçada do acesso ao Tribunal de Justiça, o que seria absurdo e iria contra o espírito da Constituição. O argumento é meramente especioso, e assenta-se em premissas falsas.

Nossas Constituições, desde 1934 — quando se incluiu, no sistema constitucional brasileiro, o preceito — até a atual, não dão aos membros dos Tribunais Superiores Estaduais, que aí ingressaram pelo quinto, a qualidade e as restrições de juiz classista, ou seja, de juiz representante, no Tribunal, de uma classe — no caso, a dos advogados e a dos membros do Ministério Público. Os advogados e os membros do Ministério Público — como se infere do espírito da Constituição, e ninguém o nega — têm ingresso nesses Tribunais, para que, em sua composição, de tempos em tempos, haja pessoas que, em decorrência de sua formação profissional, visualizem o fenômeno jurídico sob ângulos a que o magistrado de carreira não está habituado, e se possa, dessa forma, contribuir para o aperfeiçoamento da distribuição da Justiça por parte dos Tribunais. Advogados e membros do Ministério Público não têm assento nos Tribunais Superiores dos Estados para representar as classes a que pertencem, mas, sim, no interesse do próprio estado. Não são eles, conseqüentemente, juízes classistas, que vão integrar Tribunais, para neles representarem os interesses de suas classes. E tanto não o são, que a própria Constituição Federal, em seu art. 141, § 1º, ao estabelecer a composição do Tribunal Superior do Trabalho, distingue os ministros que o constituem em ministros togados (e vitalícios) e ministros classistas (e temporários), e entre aqueles, ao lado dos sete que são escolhidos entre magistrados da Justiça do Trabalho, inclui dois cuja escolha se faz entre advogados no efetivo exercício da profissão, e dois entre membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho. Os juízes que integram os Tribunais de Alçada pelo quinto ingressam na magistratura, e passam a ter todos os direitos e prerrogativas dos magistrados de carreira. O que seria absolutamente esdrúxulo fora o considerá-los, para certos efeitos, magistrados, mas, para acesso ao Tribunal de Justiça, advogados em efetivo exercício da profissão, ou membros do Ministério Público. E entre os seus direitos está, inelutavelmente, o direito à promoção, como aliás reconhece o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado da Guanabra, consoante se vê, às fls. 58 dos autos, do texto do acórdão do plenário do Tribunal de Justiça daquele estado, no qual se transcreve o parágrafo único do art. 111 daquele Código.

"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."

O ingresso na carreira da magistratura, *por força da própria Constituição*, se faz por dois processos diversos: pelo concurso, a que alude o inc. I, do art. 144; e pela nomeação, pelo quinto, a que se refere o inc. IV do mesmo dispositivo constitucional. E, ao dispor o citado inc. I a regra geral de que o ingresso na magistratura de carreira se dará mediante concurso público de provas e títulos, não estabelece restrições àqueles magistrados que se tornaram tais, em virtude do preceito excepcional contido no inc. IV do mesmo art. 144. Ao integrarem, pelo quinto, o Tribunal de Alçada, os ex-advogados e os ex-membros do Ministério Público, embora não fossem, até então magistrados de carreira, passam a integrar a carreira da magistratura, com todos os direitos e prerrogativas de qualquer magistrado, com exceção, apenas, de um, e este mesmo em virtude do próprio preceito contido no inc. IV do art. 144 da Constituição: não poderão eles, para que se não viole o princípio do quinto na composição do Tribu-

nal, solicitar transferência para as varas singulares, nos estados em que o Tribunal de Alçada não é acesso na carreira de juiz, mas seus membros estão em pé de igualdade com os juízes de direito da entrância mais elevada. Fora daí, e à falta de texto constitucional expresso que lhe crie outras restrições, são eles magistrados como qualquer outro magistrado, aplicando-selhes, inclusive, a regra de acesso aos Tribunais de segunda instância (no caso, obviamente apenas para o Tribunal de Justiça) que se encontra no inc. III do art. 144 da Constituição Federal. Com isso, esboroam-se os argumentos que se apóiam na "marginalização" dos juízes do Tribunal de Alçada decorrentes do quinto. Por outro lado, com isso não se frauda, também, o princípio constitucional do quinto, como pretendem as informações do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao salientarem:

"Se realmente às completas se identificassem ao juiz profissional, ao de carreira, aí, sim, poderíamos fraudar o princípio constitucional do quinto, com a promoção de classistas como se fossem profissionais, desfigurando a curto prazo a proporção estabelecida."

Ainda aqui, com a devida vênia, a premissa é falta. Os juízes do quinto — que, como se demonstrou amplamente, não são classistas, em contraposição aos juízes de carreira — no instante em que se tornam juízes se desvinculam de sua profissão ou carreira de origem, do mesmo modo pelo qual se desvinculam delas, por exemplo, advogados em efetivo exercício da profissão que, em virtude de concurso de provas e títulos, se empossam no cargo de juiz substituto. Assim como a Constituição se inspirou no critério do exame intelectual para o ingresso na magistratura na instância inferior, inspirou-se ela, para admitir o ingresso excepcional, pelo quinto, na instância superior, no princípio da conveniência de terem assento, em órgãos judicantes coletivos, pessoas com formação profissional diversa da dos magistrados de carreira. Mas, se esses são os motivos que levaram a Constituição a admitir, para instâncias diversas, modos diversos de ingresso, não se pode pretender, por aí, que a Constituição estabeleça que os juízes pelo quinto devem comportar-se nos Tribunais em que têm assento como se continuassem a ser advogados ou membros do Ministério Público, de sorte que, tempos mais tarde (em geral, muitos anos depois), continuem eles a conservar — como se o uso do cachimbo nesse caso não entortasse a boca — a visualização do fenômeno jurídico que advém ao advogado pelo exercício efetivo da profissão, ou ao membro do Ministério Público, por força de sua condição profissional. Não se desvirtua, portanto, a proporção estabelecida no preceito constitucional pelo fato de se admitir que o juiz, que pelo quinto se integrou no Tribunal de Alçada, passe a ser juiz para todos os efeitos, inclusive o de promoção, na qualidade de quem ingressou na carreira da magistratura.

Assim, quer se utilizem os trabalhos preparatórios, quer se apliquem os princípios da pura lógica, quer se use, enfim, do elemento interpretativo sistemático — os quais, em seu complexo, formam a tradicionalmente denominada *interpretação lógica* o resultado se concilia, de maneira perfeita, com a conclusão a que se chega da interpretação literal do inc. IV do art. 144 da Emenda Constitucional nº 1, ou seja, que esse inciso estabelece que, para o ingresso, pelo quinto, no Tribunal de Alçada ou no Tribunal de Justiça (*qualquer Tribunal,* diz a Constituição), é necessário que o candidato seja, *ao concorrer à vaga,* advogado em exercício efetivo da profissão ou tenha a condição de mem-

bro do Ministério Público, além de possuir notório merecimento, idoneidade moral e, pelo menos, 10 anos de prática forense.

Nenhum elemento interpretativo existe que possa conduzi o intérprete a pretender, no caso, utilizar-se da impropriamente denominada interpretação extensiva, para alargar a compreensão dos termos *advogados em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público* de modo que, neles, se incluam os juízes que ingressaram pelo quinto, no Tribunal de Alçada, mas que, apesar disso, conservariam, para o acesso ao Tribunal de Justiça, sua qualificação profissional quando de seu ingresso na magistratura.

Ao contrário, opõe-se à extensão dessa ordem o fim para o qual instituição do quinto para efeito de composição dos Tribunais Superiores Estaduais foi admitida pela Constituição (e que a de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 realçaram, de maneira incisiva, ao aludirem, quanto aos advogados, ao *efetivo exercício da profissão*). Como acentua Maximiliano (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, nº 377, p. 370, 3. ed., Rio de Janeiro, 1941), ao tratar da interpretação do direito constitucional "interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição", mas, mesmo esse princípio de hermenêutica não pode ser aplicado à risca em direito público, porquanto

"O *fim* para que foi inserto o artigo na lei sobreleva a tudo."

No caso *sub judice*, além de o inc. IV do art. 144 ser de natureza excepcional, ao fim para o qual foi inserido na Constituição esse dispositivo repugna outra interpretação que não a que decorre, estritamente, de seus termos.

4. Certamente, por estar atento a tudo isso, é que Pontes de Miranda, ao comentar o inc. IV do art. 144 da Emenda Constitucional nº 1, escreveu:

"A pessoa que não advoga ou não é membro do Ministério Público não pode pretender o ingresso com fundamento no art. 144, IV; não basta que possa advogar; é de mister que advogue. Por outro lado, 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. O membro do Ministério Público que não pode ser incluído, por estar aposentado, não está privado, se é advogado, de figurar na lista tríplice de advogados" (*Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1, de 1969*, IV, p. 322).

E, mais adiante (op. cit. p. 323), acentua:

"O quinto pode ser do Tribunal de Justiça ou de outro Tribunal de segunda instância. O art. 144, IV, refere-se a 'qualquer tribunal'. Se, na organização judiciária — além do Tribunal de Justiça, órgão máximo da Justiça local, de existência constitucionalmente necessária, com atribuições que lhe não podem ser tiradas — há outro, ou outros tribunais, vale dizer de instância superior à primeira, também na composição desses hão de ser respeitados os princípios constitucionais."

Em face do exposto, espera esta Procuradoria-Geral que seja julgada procedentea representação".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): A Constituição de 1967, texto da Emenda nº 1, conferiu, no art. 144, § 5º, aos Tribunais de Justiça dos Estados-membros, a competência para dispor, mediante

resolução votada pela maioria absoluta dos seus juízes, sobre a divisão e organização judiciárias locais.

Baseado em tal norma, o Tribunal de Justiça sul-riograndense editou, na sessão plenária de 26.8.70, resolução a que deu o título de Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul.

Por seu conteúdo material, dita resolução, bem se vê, é lei, e como tal merece analisada.

Ao regular a composição do Tribunal de Alçada, estatui esse Código no § 4º e no § 5º do seu art. 11 o seguinte (fls. 6):

"§ 4º Os juízes de alçada, escolhidos dentre os juízes de direito de quarta entrância, conservarão esta categoria e concorrerão, em igualdade de condições com os demais juízes, à promoção a desembargador.

§ 5.º Os juízes de alçada, integrantes do quinto, poderão concorrer, a critério do Tribunal de Justiça, ao preenchimento de vaga da mesma natureza nesse Tribunal."

Pois bem, atendendo ao que lhe foi requerido pelo nobre Sr. Procurador-Geral da Justiça, pelo Conselho Superior do Ministério Público e pelo Associação do Ministério Público, todos do Rio Grande do Sul, o nobre Sr. Procurador-Geral da República ajuizou nesta Corte a Rp nº 879 que agora estamos julgando e o fez postulando que seja declarada a inconstitucionalidade do supratranscrito § 5º.

Sustenta, em resumo, o digno autor, que a referida norma local é contrária ao que expressa o art. 144, IV, da Constituição Federal, *verbis:*

"Art. 144 ...

...

IV — 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."

Vê-se que S. Exª resrtinge a um ponto a argüição de inconstitucionalidade: a de que a norma agora discutida, permitindo que a escolha dos componentes do quinto do Tribunal de Justiça seja feita entre os que, provindos da advocacia e do Ministério Público, integrem o Tribunal de Alçada, contraria o art. 144, IV, da Constituição Federal, no detalhe em que esta última norma exige que a escolha se faça dentre os que estejam no *efetivo exercício da profissão.*

Argumenta o digno Dr. Procurador-Geral que o advogado, ou membro do Ministério Público, que se encontre a formar o Tribunal de Alçada como juiz, não se encontra *no efetivo exercício da profissão,* e, portanto, impedido está de ser escolhido, como profissional, para compor o Tribunal de Justiça.

Vejamos, então, se procede tal argüição; para tanto, passemos a analisar a norma constitucional havida como contrariada para, fixando-lhe o sentido, verificar se este foi de verdade contrariado, como alega a ilustrada Procuradoria-Geral da República.

Sabe-se que o constituinte de 1969, ao redigir o art. 144 da Constituição vigente, organizou a Justiça comum dos Estados-membros de tal forma que a segunda instância se componha, necessariamente, de um Tribunal de Justiça, e, de modo facultativo, de tantos tribunais *inferiores,* ou de alçada, quantos forem necessários.

É o que se lê no § 1º, *a,* daquela norma constitucional.

Sabe-se, igualmente, e isto se lê no inc. IV supracitado, que a composição de qualquer Tribunal de Estado-membro é de quatro quintos de juízes togados, ou da carreira da magistratura estadual vitalícia, e um quinto de juízes escolhidos, por merecimento, entre advogados que se encontrem em efetivo exercício da profissão e componentes do Ministério Público.

Esta é estrutura básica do sistema constitucional de organização dos Tribunais estaduais de segundo grau.

Por ela se verifica, sem dificuldades, que o constituinte diferençou, quanto à *origem* dos juízes desses Tribunais, os provindos da magistratura vitalícia ou togada e os recrutados na profissão da advocacia e nos órgãos do Ministério Público.

Tal diferença, bem se compreende, não é absoluta, mas relativa, porque ela prevalece para *alguns* efeitos e não para *todos*.

Sem dúvida, considerados os juízes como integrantes do Tribunal, são todos da mesma espécie, isto é, juízes em sentido lato; mas considerados por sua origem, ou pelo modo por que são escolhidos, ou ainda como funcionários recrutados neste ou naquele grupo, eles merecem ser diferençados entre juízes dos *quatro quintos* e juízes do *quinto restante*; em outras palavras, em juízes profissionalizados e juízes não profissionalizados como tais.

Esta diferença não é arbitrária, mas instituída por considerações de política judiciária.

É que o constituinte, para impedir que no Tribunal de segundo grau predomine a esterilização dos assuntos jurídicos pelo entorpecimento que envolve a natural deformação do juiz de carreira, concebeu a composição híbrida que ele instituiu.

Disto se conclui que o pensamento legislativo é o de estabelecer diferença entre juízes superiores pela origem de cada grupo, um quinto de juristas do Ministério Público e advocacia, e quatro quintos de magistrados, sanando, por tal forma, o estiolamento da inteligência judicante, que o constituinte estima seja progressista e renovadora.

Por outro lado, obviando o perigo de se recrutar com o título de advogado quem advogado não seja, o constituinte expressou a idéia de que, no caso, o advogado há de ser profissional que se encontre *no exercício da profissão*.

Ora, considerando que esta é a origem de tal divisão de juízes, é de se concluir que o texto do art. 144, IV, da Constituição Federal, Emenda nº 1, ao dispor que os advogados a serem escolhidos para os Tribunais deverão estar em efetivo exercício da profissão, na verdade o fez para exigir tal exercício profissional *no momento da escolha para a investidura inicial*, e não para o acesso ao Tribunal de Justiça por meio de promoção.

Distinga-se, pois, a escolha para a *primeira investidura*, e a outra, de *promoção* ao T.J.

Naquela, o advogado há de estar no exercício da advocacia profissionalizada; na outra, é bastante que se encontre ele no Tribunal inferior, porque o requisito de se achar em exercício da profissão já ficou satisfeito no momento da primeira investidura.

Na verdade, o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul concebeu um sistema de acesso ao Tribunal de Justiça pelos juízes do Tribunal de Alçada e outros de primeiro grau.

Estes são promovidos de acordo com a origem ou espécie: os dos quatro quintos, mediante promoção por antigüidade e merecimento, alternadamente, como expressa a Constituição Federal; e os do quinto restante, mediante promoção, por merecimento, de quem o componha, ou escolha de advogado, ou membro do Mi-

nistério Público, que se encontre fora do Tribunal de Alçada.

Tal critério não me parece inconstitucional, visto que se harmoniza com o sistema da Constituição, que é o de se manter, em cada Tribunal de Estado-membro, um quinto de juízes recrutados *fora* da magistratura e quatro quintos *dentro* dela.

Note-se que não se pode fazer a ablação da regra superior que impõe ao Tribunal a composição de *quatro quintos* de magistrados de carreira e *um quinto* de outros estranhos à magistratura.

Note-se, ainda, que a proporção de *quatro quintos para um quinto é inalterável.*

Assim, caso prevaleça a idéia vigorosamente defendida pelo nobre Doutor Procurador-Geral da República, dar-se-á o seguinte absurdo que a hermenêutica afasta: ou os juízes do quinto do Tribunal de Alçada ficarão estacionários, sem direito de ascender ao Tribunal de Justiça, ou passarão a integrar o grupo dos juízes que provieram da magistratura vitalícia e como tais poderão ser promovidos; no primeiro caso, vê-se logo, dar-se-á o anômalo, que é a existência de juiz estacionado em Tribunal que, pela Constituição, forma etapa de acesso a outro, tanto que é *inferior* (art. 144, § 1º, *a*); e no segundo, resultará o absurdo de se alterar a composição dos quatro quintos para nele incluir advogado ou componente do Ministério Público, e isto não é admitido pelo texto superior (art. 144, III e IV), que impõe seja essa parte composta de magistrados.

Ao demais, reconheça-se que a Constituição *não proíbe* que os juízes do quinto tenham acesso ao Tribunal de Justiça; ao contrário, pelo sistema que instituiu, a promoção de tais juízes ao Tribunal imediatamente superior é admissível; dado, porém, que a Constituição não estabeleceu regra de promoção desses juízes do quinto ao Tribunal de Justiça, evidente é a conclusão de que ela deixou o assunto para ser objeto de tratamento em norma de organização judiciária do Estado-membro por ser pertinente à sua matéria.

Enfim, que fez o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul?

Dispôs que o acesso dos juízes do quinto do Tribunal de Alçada ao Tribunal de Justiça é feito mediante promoção por merecimento segundo escolha do segundo.

Nisso não há inconstitucionalidade, nem quanto à letra de qualquer norma, nem quanto ao sistema da Constituição.

Escrevendo sobre vida humana e regras jurídicas, o mestre Recasens Siches disse que uma norma de direito é um pedaço de vida objetivada; pois neste caso dar-se-á o contrário, se prevalecer a tese da representação, isto é, enfrear-se-á em definitivo o movimento.

Com estas razões, 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 nº 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 o exerceu (exoneração, aposentadoria), não oferece pressuposto suficiente. Resta saber 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 nº 746, da Guanabara (*R.T.J.* 45/281-317), tive oportunidade de referir-me a problemas suscitados pela regra constitucional 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 inferior 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 membos 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. Por que, então, não há de valer a mesma interpretação, 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 juízes 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 entendo.

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 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 juízes, adquiridas na carreira da magistratura, com as dos membros do Ministério Público e dos profissionais da advocacia, de estilo diferentes.

No Rio Grande do Sul, lembra-se o eminente Ministro Thompson Flores, integrou o Tribunal da Justiça uma das figuras mais expressivas da classe de 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 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 nº 879, fez interessante observação sobre a experiência de advogado, que o juiz não perde, porque, se perdesse, no convívio com os outros juízes, 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 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 Rodri-

gues Condessa, 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 de 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 (Relator): Foi o que disse no meu voto, na Rp. nº 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 (Relator): 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 considerações, que nada acrescentam aos fundamentos dos brilhantes votos dos eminentes Ministros, rejeito, também, a argüição de inconstitucionalidade.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Presidente): Neste caso, mais do que no de Minas Gerais, dou pela procedência, porque me parece que o Tribunal do Rio Grande do Sul, para usar de expressão muito clássica do nosso mestre Orozimbo Nonato, foi muito além das marcas.

Ao passo que o Tribunal de Minas apenas determinou que os juízes, provindos do quinto, conservavam sua origem e assim continuavam pura e simplesmente, no Rio Grande do Sul escreveu-se (art. 11. § 5º), que os Juízes da Alçada, integrantes do quinto, poderiam concorrer, a critério do Tribunal de Justiça, no preenchimento de vagas da mesma natureza nesse Tribunal.

Para mim, não leio assim. Acredito que foi mais além.

O Sr. Ministro Djaci Falcão: No § 4º está expresso que conservará esse critério e concorrerá em igualdade de condições do quinto.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Presidente): Uma das regras eternas é a de que não há palavras inúteis na lei.

Esse critério do Tribunal não me deixa tranqüilo.

Em resumo, julgo procedente, com as minhas homenagens a todos que divergiram e à brilhante defesa do Professor Brossard.

EXTRATO DA ATA

Rp nº 879 — RS — Rel., Ministro Antonio Neder. Rpte., Procurador-Geral da República. Rpdo., Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Decisão: Julgada improcedente contra os votos dos Ministros Oswaldo Trigueiro e o

Presidente. Impedido, o Ministro Xavier de Albuquerque. Falou o Dr. Paulo Brossard Sousa Pinto pelo Representado.

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