— Magistrado. Promoção ao Tribunal de Justiça. Juiz do Tribunal de Alçada. Quinto constitucional. Os juízes que compõem o Tribunal de Alçada, pelo quinto constitucional, somente concorrem às vagas do Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados, sendo-lhes vedado o acesso ao mesmo Tribunal para o preenchimento do quinto, reservado aos membros do Ministério Público e advogados. Recurso extraordinário não conhecido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 100.554
Recorrentes: Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião e outros
Recorrido: Estado do Rio de Janeiro
Relator: Sr. Ministro RAFAEL MAYER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade, em não conhecer do recurso.

Brasília, 18 de novembro de 1983. — *Soares Muñoz*, Presidente. — *Rafael Mayer*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rafael Mayer: Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião e outros, juízes de direito, na comarca da capital do Estado do Rio de Janeiro, impetram mandado de segurança contra ato do governador que promoveu, por merecimento, para o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça, o juiz de direito João Francisco, na vaga decorrente do falecimento do Desembargador Ronald de Souza.

Alegam os impetrantes que a vaga foi aberta por integrante do Tribunal, na condição de magistrado de carreira, pois ingresso na magistratura, por concurso de títulos e provas, só podendo, portanto, ser preenchida pelo acesso de magistrado em idêntica condição. A nulidade da escolha para a promoção está em que o magistrado promovido fora nomeado para o II Tribunal de Alçada, pelo quinto constitucional, como representante da classe dos advogados, importando a sua promoção para a vaga da magistratura de carreira, ocorrente no Tribunal de Justiça, em preterição do sistema proporcional prescrito na Constituição e em violação do direito líquido e certo dos impetrantes, magistrados de carreira.

O mandado de segurança foi denegado, por maioria de votos, pelo egrégio Tribunal de Justiça, tomando o acórdão respectivo a ementa seguinte:

"Mandado de segurança. Promoção de magistrado integrante do quinto do Tribunal de Alçada a desembargador. Legalidade do ato.

Como já proclamado por este Tribunal em decisões anteriores, nenhum óbice legal existe a que magistrado componente do quinto do Tribunal de Alçada seja promovido ao cargo de desembargador.

Precedente do STF: Representação nº 1.006-6.

Precedentes deste TJ: MS n.os 1.194, 978, 1.226, 1.230."

Assim está fundamentado o voto vencedor do ilustre relator, Desembargador Raphael Cirigliano Filho:

"2. Renova-se aqui uma questão apreciada por este Plenário várias vezes e que já foi objeto de brilhantes e eruditos votos.

Embora sob nova forma, os argumentos invocados pelos requerentes são os mesmos anteriormente apresentados e de duas espécies: a promoção de integrante do quinto constitucional do Tribunal de Alçada ao cargo de desembargador viola dispositivos constitucionais e, ao mesmo tempo, atinge o direito líquido e certo dos requerentes, como magistrados de carreira que são.

3. Não prevalece, *data venia*, tal inconstitucionalidade. Ao julgar a Representação nº 1.006-6, em 10 de maio de 1979, o colendo Supremo Tribunal Federal declarou que 'os juízes que integram, pelo quinto, os Tribunais de Alçada, somente concorrem às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados'. Lê-se no voto do relator, o eminente Min. Leitão de Abreu, que 'rigorosamente igual há de ser o *status* jurídico de todos os componentes do Tribunal. Não tem apoio constitucional, destarte, a norma que divide o Tribunal, quanto à sua composição, em juízes de carreira e juízes que não pertencem à carreira, estes últimos titulares de cargos isolados, como tais incapacitados para concorrer, nos mesmos termos, ao cargo de desembargador'.

Seguindo tal orientação, este egrégio Plenário, em 26.5.1980, rejeitou a argüição de inconstitucionalidade no Processo nº 2.120, do Conselho de Magistratura, declarando:

'Nenhuma inconstitucionalidade existe no art. 100, § 4º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional que determina somente possam os juízes dos Tribunais de Alçada concorrer às vagas no Tribunal de Justiça na classe de magistrados.'

Posteriormente, ao denegar a segurança impetrada contra a promoção do Desembargador Fabiano de Barros Franco, reiterou a inexistência da inconstitucionalidade (Mandado de Segurança nº 1.194, em 18 de março de 1981). Igual decisão proferiu no Mandado de Segurança nº 978, em 20 de março de 1981, repelindo a pretensão de invalidar-se a promoção do Desembargador L. A. Severo da Costa.

Segue-se, pois, que a tese da inconstitucionalidade vê-se repelida não só pela Corte Suprema, como pela reiterada jurisprudência deste Tribunal.

4. A alegação de que a promoção de um magistrado estranho à carreira, porque diretamente nomeado para o Tribunal, virá sacrificar o direito daqueles que nela ingressaram por concurso, na classe inicial, também não prevalece, *data venia*. Deu-lhe resposta completa, em 20.4.1981, o eminente Desembargador J. C. Barbosa Moreira, ao proclamar nos acórdãos proferidos nos Mandados de Segurança n.os 1.226 e 1.230:

'Declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de representação do procurador-geral da República, o dispositivo em que se qualificavam como isolados os cargos ocupados, nos Tribunais de Alçada, pelos juízes oriundos da classe dos advogados e do Ministério Público, não é possível acolher a impetração de segurança cuja concessão conflitaria com a tese consagrada no acórdão da Corte Suprema que declarou aquela inconstitucionalidade.'

5. Se, apesar do brilho com que são apresentados, não prevalecem os argumentos dos requerentes, a conclusão a que se chega é a mesma tomada anteriormente por este Plenário em hipóteses semelhantes: a da improcedência do pedido, com a denegação da segurança."

Os votos vencidos acompanharam, preferentemente, a fundamentação do voto do ilustre Desembargador Basileu Ribeiro Filho, resumido em sua ementa, *in verbis*:

"O acesso dos juízes que compõem o quinto dos Tribunais de Alçada ao Tribunal de Justiça por promoção na carreira, se funda numa interpretação desnecessariamente inconstitucional do § 4º do art. 100 da Lei Orgânica.

O egrégio Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.006 decidiu tão-somente

não terem eses juízes acesso pelo quinto do Tribunal de Justiça; a matéria controvertida no presente mandado de segurança não foi objeto de decisão, mas tão-somente de considerações por parte de alguns dos ministros."

Em recurso extraordinário, alegam os impetrantes, sob o fundamento da letra *a* do permissivo constitucional, que, "indeferindo a segurança, o v. acórdão recorrido contrariou, inequivocamente, o inciso IV do art. 144 da Constituição porque desequilibrou a proporção entre magistrados e advogados que, no que tange à composição dos Tribunais de Justiça, aquela norma assegura" (fls. 95). "E porque julgou válido o ato do governo local, contestado em face da Constituição, o aresto impugnado se tornou recorrível também pela alínea *c* do art. 119, III, da Carta política" (fls. 95).

Alegam, ainda, que a entender-se o § 4º do art. 100 da Loman como asseguradora da promoção dos juízes do quinto do Tribunal de Alçada às vagas de carreira do Tribunal de Justiça, então o dispositivo será inconstitucional por afrontoso àquela proporção.

O recurso foi admitido e processado, e nesta instância a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do ilustre Procurador Moacir Antônio Machado da Silva, aprovado pelo eminente Subprocurador-Geral, Mauro Leite Soares, opina, no mérito, pelo não conhecimento do recurso extraordinário, nesses termos:

"4. Não merece, a nosso ver, prosperar o recurso. Partem os recorrentes de uma suposta relação de desigualdade entre os juízes integrantes dos tribunais, sob o prisma administrativo-constitucional. Sustentam que essa discriminação decorre do inciso IV do art. 144 da Constituição Federal, e entendem que, surgindo uma vaga no Tribunal de Justiça, será sempre preciso examinar a condição do ingresso de quem ocupava o cargo, a fim de que a proporção constitucional permaneça uniforme: quatro quintos de juízes de carreira e um quinto de membros do Ministério Público e advogados.

5. O critério estabelecido na parte final do inciso IV do art. 144 da Constituição Federal, destinado a assegurar de forma permanente a integração do quinto, não se estende à hipótese de acesso, a que se refere o inciso III do mesmo artigo, pois, nesse caso, *a vaga será sempre ocupada por outro magistrado,* em nada importando, para esse fim, a condição de ingresso dos juízes nos Tribunais de Alçada, nos estados que dispõem desses tribunais.

6. Além disso, por força do disposto no inciso III do art. 144 da Constituição Federal, a promoção para o Tribunal de Justiça deve ser feita por antigüidade e por merecimento, apurando-se a antigüidade na última entrância. Se o Tribunal de Alçada corresponde à última entrância, nos estados que o instituíram (Lei Complementar nº 35/79, art. 100, § 3º), torna-se evidente que a promoção por antigüidade é aplicável a todos os membros desse Tribunal, não sendo lícita, portanto, a discriminação entre os juízes, na ausência de qualquer distinção emergente do texto constitucional.

7. Não tem maior relevância o argumento em torno do inciso I do art. 144 da Constituição. Se os magistrados integrantes da entrância imediatamente anterior passaram a ter acesso ao Tribunal de Alçada, é conseqüente que este passou a constituir entrância integrante da carreira, sendo incabível cogitar-se da hipótese de promoção para órgão estranho à magistratura de carreira.

8. O § 4º do art. 100 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional dispõe a respeito:

'Os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondente à classe dos magistrados.'

Ante os termos claros e inequívocos da regra, é insustentável a exegese sustentada pelos recorrentes. O dispositivo refere-se aos juízes que integram os Tribunais de Alçada em geral, não sendo razoável, portanto, a distinção proposta. Essa interpretação restritiva somente apresentaria dimensão de ju-

ridicidade, se explícita e inequívoca emergente do próprio texto constitucional.

9. O entendimento dos recorrentes, portanto, não se harmoniza com os incisos III e IV do art. 144, nem com o § 1º do art. 153 da Constituição Federal, pois importa em estabelecer distinção entre os integrantes do Tribunal de Alçada, à inteira revelia das regras constitucionais aplicáveis. Segundo a melhor doutrina, não é lícito discriminar os indivíduos, quando entre eles existe uma substancial relação de igualdade.

10. No julgamento da Representação nº 1.006-RJ (*RTJ*, 92/460), o egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 167 da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que somente conferia aos juízes do quinto dos Tribunais de Alçada o direito de concorrer ao cargo de desembargador, na classe dos advogados e membros do Ministério Público. Em seu voto, observou então o Exmo. Sr. Ministro Leitão de Abreu, na qualidade de relator:

'Quando a Constituição determina que o quinto dos lugares de qualquer Tribunal seja preenchido por advogados e membros do Ministério Público, o seu intento, a meu ver manifesto, é que membros do Ministério Público e advogados sejam investidos no Tribunal em condição de perfeita igualdade com os demais componentes dele. Essa discriminação somente se legitimaria se expressamente autorizada na Constituição. Como tal autorização, quanto aos tribunais e juízes estaduais não existe, rigorosamente igual há de ser o *status* jurídico de todos os componentes do tribunal.'

A lei pode validamente distinguir as pessoas apenas na medida em que sejam desiguais, segundo padrões juridicamente relevantes. Fora dessa hipótese, qualquer tratamento discriminatório infringe o princípio geral da igualdade perante a lei."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer (Relator): Em preliminar, o litisconsorte passivo, Desembargador João Francisco, suscita a nulidade do procedimento do recurso extraordinário, a partir de fls. 105, posto que não intimado para impugnar o recurso extraordinário, que veio a ser admitido sem a oportunidade da impugnação. Tendo o evento como mera irregularidade, o presidente do Tribunal mandou saná-la pela intimação, a que se seguiu a apresentação da impugnação e a ratificação, pela mesma autoridade, do despacho deferitório do extraordinário. Ora, como bem acentuado pelo douto parecer, atendido o interesse do litisconsorte e sem ocorrência de prejuízo, não há cogitar da repetição do ato nos termos do art. 249, § 1º, do CPC, pelo que improcede a preliminar.

O precedente desta Corte, tomado na Representação nº 1.006, e invocado como orientação do acórdão recorrido, teve como objeto a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 167 da Resolução nº 1/75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Código de Organização Judiciária do Estado) que dispunha, *in verbis*:

"Constituem cargos isolados dos tribunais de alçada os destinados aos advogados e membros do Ministério Público, ficando assegurado aos seus ocupantes o direito de concorrer ao cargo de desembargador, na composição das listas tríplices para o preenchimento das vagas correspondentes às classes de que provieram, juntamente com os representantes destas."

O voto condutor do acórdão do Supremo Tribunal, que deu pela inconstitucionalidade, sem ressalva, do citado dispositivo, assim concentra o seu argumento na conclusão a seguir:

"Colide, pois, irremediavelmente, com o texto constitucional a regra posta no parágrafo único do art. 167 da Resolução nº 1 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando assegura a integração na lista tríplice, para provimento do cargo de desembargador, pelo quinto, de juízes que, em obediência a esse mesmo princípio, ingressaram no Tribunal de Alçada.

Destarte, a mencionada resolução, no preceito citado, de uma parte, fere direito constitucional dos juízes que foram nomeados, em cumprimento da regra do quinto, para o Tribunal de Alçada e, de outro, desrespeita prerrogativa dos advogados em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público, estranhos ao tribunal inferior de segunda instância. Aos primeiros, porque lhes desconheceu direito à promoção a desembargador, em concorrência com os demais magistrados de carreira; aos segundos, porque permite que, juntamente com eles, concorram à formação da lista tríplice quem, em vez de advogado ou membro do Ministério Público, é magistrado.

Estou, assim, em que interpretou corretamente a Constituição a Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar nº 35, de 14 de março deste ano, quando, regulando a matéria, dispôs no § 4º do art. 100: 'Os juízes que integrem os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondente à classe dos magistrados.'

Conseqüência lógica inarredável desse argumento, que veio a ser explicitada no preceito do § 4º do art. 100 da Lei Complementar, é a de que 'os juízes que integrem o Tribunal de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados'. Se aos juízes que compõem o Tribunal de Alçada, pelo quinto constitucional, lhes é vedado o acesso ao Tribunal de Justiça pela via do preenchimento do quinto também aí reservado a advogados e membros do Ministério Público, e assim, porque não mais o são, desde que ingressos na magistratura, é de necessidade lógica a contrapartida do asseguramento a eles do acesso que deve ser deferido a essa condição de juiz, a igual de todo juiz.

Ora, a induvidosa pretensão dos impetrantes, ao impugnar a promoção ao Tribunal de Justiça do juiz egresso do quinto do Tribunal de Alçada, para ocupação de vaga naquele não compreendida no quinto, representa, nem mais nem menos, do que buscar apoio na mesma preceituação que fora fulminada de inconstitucionalidade.

A partir dessa conceituação, dessome-se a insubsistência da argüição de que o acórdão recorrido teria contrariado o art. 144, IV, da Constituição, implicando o desequilíbrio da proporção compositiva do Tribunal de Justiça, argumento em que se apóia o recurso extraordinário.

Na verdade, nenhuma outra idéia se põe nesse texto senão aquela relativa à composição do quinto, do qual já se tem por afastada a clientela dos juízes, qualquer que seja a origem, aos Tribunais de Alçada, não havendo, nem implicitamente, restrição outra, que não essa, ao acesso da mesma clientela às vagas não-inclusas no quinto.

Bem apreciou a hipótese o douto parecer em argumentação que incorporo neste voto:

"O critério estabelecido na parte final do inciso IV do art. 144 da Constituição Federal, destinado a assegurar de forma permanente a integração do quinto, não se estende à hipótese de acesso, a que se refere o inciso III do mesmo artigo, pois, nesse caso, *a vaga será sempre ocupada por outro magistrado*, em nada importando, para esse fim, a condição de ingresso dos juízes nos Tribunais de Alçada, nos estados que dispõem desses tribunais.

Além disso, por força do disposto no inciso III do art. 144 da Constituição Federal, a promoção para o Tribunal de Justiça deve ser feita por antigüidade e por merecimento, apurando-se a antigüidade na última entrância. Se o Tribunal de Alçada corresponde à última entrância, nos estados que o instituíram (Lei Complementar nº 35/79, art. 100, § 3º), torna-se evidente que a promoção por antigüidade é aplicável a todos os membros desse tribunal, não sendo lícita, portanto, a discriminação entre os juízes, na ausência de qualquer distinção emergente do texto constitucional.

Não tem maior relevância o argumento em torno do inciso I do art. 144 da Constituição. Se os magistrados integrantes da entrância imediatamente anterior passarem a ter acesso ao Tribunal de Alçada, é con-

seqüente que este passou a constituir entrância integrante da carreira, sendo incabível cogitar-se da hipótese de promoção para órgão estranho à magistratura de carreira."

Pelo exposto, não conheço do recurso, quer pela letra *a*, quer pela letra *c*, neste caso, por invocação da Súmula nº 285, no tocante à argüição de inconstitucionalidade do § 4º do art. 100 da Lei Complementar nº 35.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Soares Muñoz (Presidente): Antes do advento da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, votei no sentido propugnado pelo recurso, mas já reconhecia que a matéria era controvertida em face da Constituição Federal. Essa controvérsia, para mim, cessou a partir da mencionada lei complementar, visto que ela aderiu à interpretação, então vitoriosa, dispondo que os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondente à classe dos magistrados, e não na condição de advogados, ou órgãos do Ministério Público, qualidade que perderam ao *serem* investidos juízes no Tribunal de Alçada.

Não conheço do recurso extraordinário, acompanhando o voto do eminente relator e as considerações que acabam de ser feitas pelo eminente Ministro Néri da Silveira.

EXTRATO DA ATA

RE nº 100.554-8-RJ — Rel.: Min. Rafael Mayer. Rectes.: Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião e outros (adv.: Sérgio Bermudes). Recdo.: Estado do Rio de Janeiro (adv.: Sérgio Ferraz). Litisconsorte: João Francisco (adv. Macário Picanço).

Decisão: não se conheceu do recurso extraordinário. Decisão unânime. 1ª Turma, 18.11.83.

Presidência do Sr. Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Srs. Ministros, Rafael Mayer e Néri da Silveira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Oscar Corrêa. Ausente, licenciado, o Sr. Ministro Alfredo Buzaid.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.