TRIBUNAL DE JUSTIÇA — QUINTO CONSTITUCIONAL — PROVIMENTO

— Preenchimento de lugar destinado ao quinto constitucional, com assento em tribunal de justiça. Ato complexo. Legitimidade dos impetrantes.

— Estando a corte integrada, em decorrência do claro a ser preenchido, por um desembargador oriundo da classe dos advogados e outro proveniente do ministério público, a lista tríplice deve ser composta por representantes dessa última categoria, que se achava em minoria até a verificação da vaga a ser provida.

— Mandado de segurança concedido.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Segurança nº 20.597
Impetrantes: Gilvan Correia de Queiroz e outros
Autoridades coatoras: Presidente da República e Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Litisconsortes: José Gerardo Grossi e outros
Relator: Sr. Ministro OCTAVIO GALLOTTI

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e deferir o mandado de segurança.

Brasília, 22 de outubro de 1986 — *Moreira Alves*, Presidente. *Octavio Gallotti*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Os impetrantes são membros do Ministério Público do Distrito Federal, com mais de dez anos de serviço, e insurgem-se contra o critério adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que elegeu, entre advogados, a lista tríplice destinada ao preenchimento da vaga decorrente da aposentadoria do saudoso Desembargador Helladio Toledo Monteiro.

Sustentam que, estando o quinto representativo, com assento naquela corte, constituído pelos Desembargadores Valtênio Mendes Cardoso, oriundo da classe dos advogados, e Antônio Honório Pires de Oliveira Júnior, proveniente do Ministério Público, o lugar deixado pelo Desembargador Helladio Monteiro, antigo advogado, deverá ser preenchido por membro do Ministério Público, em obséquio à alternância estabelecida pelo art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e de modo a não perenizar a superioridade numérica prevalecente em favor dos advogados, até a citada aposentadoria.

Tendo em vista a circunstância de estar a lista sendo encaminhada ao Exmo. Sr. Presidente da República, concedi liminar, para suspender-se o ato de nomeação, e solicitei informações a Sua Excelência, que as prestou mediante remissão àquelas produzidas pelo Departamento de Assuntos Judiciários do Ministério da Justiça, com o endosso do titular da pasta, concluindo por merecer concessão a segurança.

Foram citados, como litisconsortes passivos necessários, os três ilustres advogados incluídos na lista, cujas manifestações

acham-se resumidas no parecer do eminente Procurador-Geral da República Substituto, Professor Francisco de Assis Toledo, abaixo reproduzido:

"1. Gilvan Correia de Queiroz e outros, membros do Ministério Público do Distrito Federal, impetram mandado de segurança preventivo, contra o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a fim de que seja sustada a nomeação para o cargo de desembargador do quinto constitucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Consideram violadora de preceitos legais a lista tríplice elaborada pelo Tribunal Pleno em Sessão Administrativa do mesmo Tribunal, realizada em 10 de junho de 1986.

2. Sustentam que referida lista tríplice, ao optar pela classe dos advogados, com preterição dos membros do ministério público, ofendeu o princípio constitucional contido no art. 144, IV, da lei maior, e vulnerou o preceito do art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. E acrescentam:

'20. A decisão administrativa do órgão colegiado, ao dar pela incidência, no caso, do § 2º do art. 100, preferindo o preenchimento da vaga por representante do Ministério Público do Distrito Federal, não apenas negou vigência ao contido no seu § 1º, aplicável à hipótese do quinto de composição ímpar, como se revela inconciliável ao princípio constitucional nele incorporado, expresso no art. 144, IV da lei maior.

21. Iminente a nomeação de um dos componentes da lista tríplice, que está sendo encaminhada para tal fim ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, configurada está a ameaça imediata ao direito dos impetrantes, somente conjurado através da concessão da Segurança Preventiva, obstando, no desdobramento do ato complexo, a consumação, que tornará irreparável a sua lesão' (fls. 8).

3. Foram citados como litisconsortes passivos necessários os três advogados integrantes da lista atacada, que se manifestaram nos autos (fls. 53, 101 e 104). O primeiro, Dr. José Geraldo Grossi, declarou eximir-se de pronunciar-se sobre a questão. O segundo sustentou a legalidade do ato do tribunal. O terceiro, invocando a existência de outro mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça, no qual se argúi a nulidade da decisão administrativa tida por ilegal, sustenta a impropriedade desta impetração que, a seu ver, não se harmonizaria com os princípios básicos do remédio excepcional.

4. Nas informações prestadas pelo Ministério da Justiça e encaminhadas por mensagem presidencial, concluiu-se pela procedência do pedido, *in verbis:*

(...)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, antes que se verificasse a aposentadoria do Doutor Helladio Toledo Monteiro, apresentava em ordem cronológica, relativamente ao quinto constitucional, a composição seguinte:

1. Representante de advogados: Desembargador Helládio Toledo Monteiro;

2. Representante de membros do MP: Desembargador Antônio Honório Pires de Oliveira; e

3. Representante de advogados: Desembargador Valtênio Mendes Cardoso.

Infere-se, pois, através desse demonstrativo, que a classe de advogados superava os da outra em uma unidade, cabendo, desta feita, a vez aos integrantes do *Parquet* local, como já ficou demonstrado acima, em respeito à alternância e à sucessividade no preenchimento da vaga pelas categorias respectivas, em acatamento, também, ao que dispõe a Lei nº 6.750, de 10 de dezembro de 1979, no artigo 51 e parágrafos, *in verbis:*

'Art. 51. O provimento dos cargos de desembargador far-se-á por promoção de juízes de direito do Distrito Federal, por antigüidade e merecimento, alternadamente, reservado 1/5 (um quinto) de lugares, que será preenchido, por advogados em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com 10 (dez) anos, pelo menos, de prática forense.

§ 1º. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos mediante indicação em lista tríplice, organizada pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º. A indicação de membro do ministério público e de advogado será feita de modo a resguardar a igualdade de representação das duas categorias. Observar-se-á o critério de alternatividade, iniciando-se por advogado.

(...)

IV — *Conclusão*

Isto posto, entendemos — *permissa venia* — que, efetivamente, e na suposição de serem legítimas as partes impetrantes, consoante, aliás, já decidido por essa egrégia corte em 21 de novembro de 1978 (*RTJ* 9/1.073), merece provida a segurança.'

(Fls. 44/45).

5. A nomeação para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é ato administrativo complexo, pois seu aperfeiçoamento depende da manifestação de vontade, em momentos sucessivos e com forma diversa, de duas entidades distintas do Estado: o Tribunal de Justiça na elaboração da lista tríplice (arts. 144, IV, *in fine*, da Constituição, e 100, § 1º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional); o Presidente da República, na escolha de um dos indicados e expedição do respectivo ato de provimento (art. 81, VIII, da Constituição).

Sendo assim, parece-nos que tal ato complexo não pode ser impugnado unicamente em sua fase final, a pretexto de ilegalidade ocorrida tão-só na fase inicial, sem que as autoridades envolvidas sejam chamadas à eventual defesa do ato.

É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em dois precedentes análogos a este, como pode ser visto nos acórdãos publicados pela Revista dos Tribunais 343/159 e 477/74. Nesses julgados ficou dito, com todas as letras, que "o ato complexo não pode ser impugnado sem que ambas as autoridades que nele participarem sejam chamadas a defendê-lo'.

6. No caso em exame essa exigência mais se ressalta se considerarmos que o fundamento do pedido, a *causa petendi*, é unicamente a proclamada ilegalidade do ato do tribunal na elaboração da lista tríplice. Carece, pois, de sentido atacar-se, na via deste *mandamus*, somente o ato presidencial de nomeação, que não pode exorcizar a lista tríplice a que se vincula, deixando-se intacta precisamente esta última que se tem por ilegal.

Em outras palavras: não é razoável pretender-se atacar perante a Suprema Corte, de competência prevalente, apenas o segmento final do ato complexo, segmento esse que nada tem de ilegal.

Pelo mesmo motivo, não poderia este mandado de segurança originário encolher-se ao ponto de transformar-se em uma espécie de medida liminar para o pedido que tem curso perante outro Tribunal.

7. Assim sendo, como o ministério público oficia no mandado de segurança 'como *parte pública autônoma* incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo' (Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança e Ação Popular*, 10ª edição, RT, 1985, p. 33), requeremos, preliminarmente, se digne o Ministro Relator mandar notificar o Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para que, como autoridade igualmente coatora, integre a lide e preste informações, na forma da letra *a* do art. 1º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964.

8. Consideramos, *data venia*, ser essa solução mais adequada do que o simples não-conhecimento do pedido, como ocorreu nos precedentes anteriormente citados, pois, nesta última hipótese, poderia perpetuar-se o impasse no preenchimento da vaga ocorrida no tribunal.

9. Ainda preliminarmente, parece-nos deva ser rejeitada a alegação de inadequação da medida pleiteada, formulada pelo tercei-

ro litisconsorte, visto que o ato atacado fere em tese direito subjetivo dos impetrantes, todos com mais de dez anos de exercício na carreira (fls. 12), portanto com direito a concorrer à nomeação, vale dizer, não serem afastados da possibilidade de integrar a lista. A pretensão é legítima, o ato atacado feriu comprovadamente essa pretensão e o pedido é juridicamente possível. Há precedentes quanto ao cabimento do *writ:* MS nº 20.209, Relator Ministro Rafael Mayer, *RTJ 92/579*; RE nº 89.472, Relator Ministro Soares Muñoz, *RTJ 91/1.073*.

10. No mérito, somos pela concessão do *mandamus*.

Com efeito, diz o § 2º do art. 100 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979:

'§ 2º. Nos tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do ministério público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade.'

A redação do texto acima deixa claro que, havendo número ímpar de vagas, *uma delas,* ou seja, aquela que se apresente responsável pela quebra da paridade entre advogados e membros do ministério público, seja a de nº 1, 3, ou 5, etc., deve ser preenchida pelo princípio da alternância, de sorte que ora prevaleça uma classe, ora outra.

Como até a ocorrência da vaga disputada predominava a classe dos advogados. *para que haja alternância,* agora é a vez do ministério público. A não ser assim, haverá, ao contrário de alternância, maioria prolongada da classe dos advogados, o que não se coaduna com qualquer espécie de hermenêutica que se queira aplicar ao preceito em exame. Onde a lei quis restabelecer o princípio da igualdade de oportunidade, por meio da alternância, não é razoável interpretá-la como se estivesse beneficiando uma das classes com maioria eventual, perpetuando ou prolongando essa situação.

Nesse sentido, aliás, os votos vencidos de ilustres desembargadores do referido Tribunal, exibidos a fls. 15-21 e 22-3, que reputamos devam prevalecer.

É também esse o pensamento do Ministério da Justiça.

11. O parecer, em conclusão, é, preliminarmente, pela notificação do ilustre Presidente do Tribunal para prestar informações, e, no mérito, pela procedência da ação de segurança." (fls. 115 a 122).

Atendendo ao requerido, proferi o seguinte despacho:

'Notifique-se o eminente Desembargador Presidente do Colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para que, integrando a lide na qualidade de autoridade igualmente coatora, preste as informações de estilo, como requer o Ministério Público Federal, no douto parecer de fls. 120. Complete-se a autuação e publique-se" (fls. 124).

Às fls. 129-30, vieram as informações do ilustre Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Luiz Vicente Cernicchiaro, que se reportam às prestadas no mandado de segurança impetrado, perante aquela corte, pelos mesmos impetrantes, contra a decisão administrativa que norteou o critério de escolha de que resultou a elaboração da lista ora impugnada.

Ante nova abertura de vista, a Procuradoria-Geral da República ratificou os termos do parecer, anterior, opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Os impetrantes são partes legítimas para postular a segurança, como já decidiu, em situação idêntica, a Primeira Turma deste Tribunal, ao prover o Recurso Extraordinário nº 89.472, sendo relator o eminente Ministro Soarez Muñoz, que dotou da seguinte ementa o acórdão respectivo:

"Desembargador. Provimento de vaga a ser preenchida por classista. Mandado de

segurança, impetrado por 37 membros do ministério público, contra a nomeação de um advogado, alegando que a lista tríplice devia ter sido integrada por membros do ministério público. Interesse legítimo dos impetrantes. O direito que eles postulam não é o de entrar na lista, mas o de concorrer. Decisão que acolheu preliminar de ilegitimidade *ad causam*. Recurso extraordinário conhecido e provido" (*RTJ 91/* 1.073).

A mesma orientação foi consagrada, pelo Tribunal Pleno, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.209 (*RTJ 92/*579).

Está patente, por outro lado, que os impetrantes atacam ato complexo de cuja formação participam, tanto o Presidente da República, autoridade coatora apontada na inicial (e cuja atuação atrai a competência do Supremo Tribunal para o julgamento do mandado de segurança), como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que passou a integrar a lide, em face de oportuno requerimento da douta Procuradoria-Geral da República, deferido pelo relator.

O chamado "quinto constitucional" vem da Carta de 1934, em cujo art. 104, § 6º, foi assim disciplinado:

"§ 6º. 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 de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do § 3º."

O sentido da norma foi mantido durante o regime de 1937:

"Art. 105. Na composição dos tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do ministério público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice."

Como se vê, era total a comunicabilidade, dentro do quinto, entre os lugares ocupados por advogados ou membros do ministério público, sendo sempre franqueada a escolha de uns ou outros, até mesmo por meio de organização de listas mistas (cf. Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967", 2ª ed. revista, Revista dos Tribunais, tomo IV, p. 321/2).

Por isso, a Constituição de 1946, visando ao equilíbrio das oportunidades oferecidas a cada uma das categorias, prescreveu, no art. 124, V:

"V — na composição de qualquer tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados que estiverem em efetivo exercício da profissão e membros do ministério público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do ministério público, a vaga seguinte será preenchida por advogado." (Redação dada pela Emenda nº 16/65.)

Sucede que, mercê da variável duração dos provimentos, essa redação ainda não assegurava a coexistência permanente e quanto possível paritária de representantes das duas categorias, sempre que o quinto se mostrasse superior a uma vaga. Em sanar essa deficiência, consistiu o objetivo perseguido pelo constituinte de 1967 na edição de norma que, tendo sofrido modificações, sem maior expressão, pelas Emendas nº 1/69 e nº 7/77, vigora atualmente como segue (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 dez anos, pelo menos, de prática forense. Os lugares reservados a membros do ministério público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por membros do ministério público ou advogados, indicados em lista tríplice."

Esse critério de paridade não contém solução explícita para a hipótese de provimento das vagas excedentes do número par, quando se traduz um número ímpar a quantidade de juízes reservada ao quinto. Torna-se claro, porém, que só a aplicação

supletiva princípio da alternância poderá resolver esse problema, como lembrou o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, em parecer proferido na condição de Procurador-Geral da República, invocado na petição inicial e proferido na Representação nº 855, de Mato Grosso, apreciada em sessão de 28 de abril de 1971. Após ressaltar que o critério de pura alternância, estabelecido pela Constituição de 1946, não subsistia, perante a de 1967, antecipou S. Ex.ª que, agora:

"O sistema alternativo valeria somente quando, expressando-se por número ímpar o quinto constitucional, se devesse atribuir, ora a uma ora a outra, das classes concorrentes, o preenchimento da vaga excedente do número par imediatamente inferior, e limitadamente ao citado preenchimento. Mas essa solução que se impõe, porque curial e sem dependência de explicitação normativa, à hipótese excepcional a que se ajusta, não é excluída pela regra constitucional vigente que, em linha de princípio, recomenda a distribuição das vagas pelas *respectivas* classes, numa eqüidade que torna sempre presente na composição do tribunal a representação de uma e outra daquelas classes" ("Representações de Inconstitucionalidade", coletânea de acórdãos editada, em 1976, pelo STF e pelo SF, tomo I, p. 428).

Tempos depois, no bojo da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). art. 100, § 2º, chegou a explicitação não tinha sido reputada indispensável:

"§ 2º. Nos tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do ministério público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes superem os da outra em uma unidade."

De toda essa evolução legislativa, pode deduzir-se que a instituição do quinto constitucional restringiu-se, de início, à regra da cooptação, para os tribunais, de representantes dos dois ramos básicos da atividade forense, alheios aos quadros da magistratura.

Passou-se, em seguida, a garantir também o equilíbrio de oportunidades entre os concorrentes oriundos da advocacia e do ministério público, equilíbrio hoje traduzido no princípio de igualdade do número de representantes de ambas as classes, só se apelando para o critério subsidiário da alternância na hipótese especial prevista no art. 100, § 2º, da Lei Orgânica.

Digo que a paridade é o princípio geral e a alternância uma regra subsidiária, porque o primeiro emana da Constituição e a segunda é explicitada em norma infraconstitucional; e ainda porque a alternância é dirigida apenas àquela "hipótese excepcional", assim qualificada no parecer do Ministro Xavier de Albuquerque, e destinada ao preenchimento de vaga excedente do número par imediatamente inferior.

O § 2º do art. 100 da Lei Complementar nº 35/79 não comporta, com a devida vênia, a exegese que lhe atribuiu a maioria do tribunal impetrado, ao tomar a expressão "uma delas" (ou seja, uma das vagas), por lugar determinado, segundo o histórico do provimento das diversas cadeiras da Corte, duas delas consideradas "cativas" e uma terceira "volante".

Não encontra apoio, essa dicotomia, na letra nem no espírito da lei, sobretudo porque esta deve ser interpretada em harmonia com o sentido da Constituição (art. 144. IV), coroamento de evolução toda ela marcada pelo nítido propósito de igualar ou de aproximar, no grau máximo possível, a participação dos advogados e do ministério público, na integração do quinto constitucional.

A ruptura desse equilíbrio, como conseqüência não desejada mas inevitável do número ímpar dos componentes do quinto, clama por correção, via alternância, na primeira oportunidade que ocorrer, ou seja, na primeira vaga apurada.

Quando uma das classes se acha em inferioridade na composição do tribunal, sem-

pre que suceda uma vaga, há que inverter imediatamente a situação, e com a maior freqüência possível, para atender à paridade que é princípio constitucional. Perpetuar, desnecessariamente, a inferioridade de alguma das classes é o mesmo que contrariar o espírito da lei maior.

Assim, a despeito de reconhecer e proclamar a elevada qualificação dos três eminentes juristas sobre os quais recaiu a escolha, conheço do mandado de segurança e o concedo, para anular a votação da lista impugnada e assegurar que seja ela renovada, fazendo-se a escolha entre membros do ministério público, portadores dos requisitos exigidos.

EXTRATO DA ATA

MS nº 20.597-1-DF — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Imptes.: Gilvan Correia de Queiroz e outros (advs.: Oscar Luiz de Morais e Beatriz Nunes). Autoridades coatoras: Presidente da República, Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Litisconsortes passivos necessários: José Gerardo Grossi (adv. em causa própria), Humberto Gomes de Barros (adv. em causa própria) e José Bonifácio Diniz de Andrada (adv. em causa própria),

Decisão: conheceu-se e deferiu-se o mandado de segurança, unanimemente. Votou o Presidente. Plenário, em 22 de outubro de 1986.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.