O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O QUINTO CONSTITUCIONAL

PAULO BROSSARD*

O Supremo Tribunal Federal vem de decidir questão de alta relevância para o Estado de São Paulo. Em 1951, por iniciativa do seu Tribunal de Justiça, São Paulo criou o primeiro Tribunal de Alçada do país, como o facultava a Constituição de 1946. E como um quinto dos tribunais devia e deve ser preenchido por advogados e membros do Ministério Público, o Tribunal paulista, segundo o testemunho do saudoso Ministro Rodrigues Alckmin, examinando as soluções possíveis para resolver o problema relativo à promoção dos juízes do quinto do Alçada para o Tribunal de Justiça, entendeu que eles podiam ascender a este, conservando, para esse fim, a sua origem profissional. O critério primava pela simplicidade e se não tivesse outro mérito teria o de preservar, sempre, em ambos os tribunais, o quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público e os quatro quintos destinados aos juízes de carreira. E assim foi feito e praticado, sem solução de continuidade, e a contento geral. A norma veio a ser inserta na Constituição paulista de 1989, § 3º do artigo 63, "as vagas dessa natureza ocorridas no Tribunal de Justiça serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antigüidade e merecimento alternadamente, observado o disposto no art. 60". A norma se ampara, visivelmente, no inciso III do artigo 93 da Constituição Federal, "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última instância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem". Contra o disposto no § 3º do artigo 63 da Constituição de São Paulo o ilustre Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou no STF ação direta de inconstitucionalidade, alegando que ele ofendia o artigo 94 da Constituição, segundo o qual "um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das

* Ministro do STF

respectivas classes". A ação, que tomou o nº 813, por 7 votos contra 4, relator o ministro Carlos Velloso, foi julgada improcedente. A ementa do julgado está assim formulada: "I. Os juízes do quinto constitucional, nos Tribunais de Alçada, conservam, para promoção ao Tribunal de Justiça, a classe advinda da origem (CF, art. 93, III). Isto quer dizer que as vagas dessa natureza, ocorridas no Tribunal de Justiça, serão providas com integrantes dos tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antigüidade e merecimento, alternadamente. Nos Estados, pois, em que houver Tribunal de Alçada, não haverá listas sêxtuplas para o Tribunal de Justiça, dado que o ingresso neste, pelo quinto constitucional, ocorrerá naquela Corte, vale dizer, no Tribunal de Alçada. II. Interpretação harmônica do disposto no art. 93, III, e art. 94, da Constituição Federal. III. Constitucionalidade do § 3º do art. 63 da Constituição do Estado de São Paulo. IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente".

Desse modo, o Estado de São Paulo continuará a proceder como vinha procedendo desde 1951, quando da criação do primeiro Tribunal de Alçada do país, mantida uma orientação que tem dado resultados satisfatórios, se não bons, em mais de quarenta anos.

O julgado do Supremo Tribunal Federal na ADIN 813 sugere se faça o registro das várias decisões tomadas a respeito, de 1972 a 1994. Se não estou em erro, elas se distribuem em quatro momentos sucessivos.

I. A controvérsia chegou ao Tribunal em 1972, quando o então Procurador Geral da República e atual decano do Supremo, Ministro Moreira Alves, ajuizou duas representações, impugnando preceito do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul e Resolução do Tribunal de Justiça de Minas Gerais; ambas as normas impugnadas, inspiradas no precedente paulista de 1951, estabeleciam que advogados e membros do Ministério Público nomeados para o quinto do Tribunal de Alçada não ficavam impedidos de ascender ao Tribunal de Justiça, por merecimento, nas vagas reservadas ao quinto, conservando, para esse efeito, a qualidade profissional originária, de advogados e procuradores, que permitiram chegassem ao Alçada. Em 13.12.72, por 8 a 2, na Rep. 879, do RGSul, relator o Ministro Antônio Neder, RTJ 67-630, e por 8 a 3, na Rep. 881, de Minas Gerais, relator o Ministro Djaci Falcão, RTJ 66-631, o STF a ambas julgou improcedentes.

II. Ocorre que em março de 1979 foi promulgada a Lei Complementar nº 35, Lei Orgânica da Magistratura, cujo § 4º do artigo 100 consagrou a orientação minoritária no Supremo Tribunal Federal, dispondo que "os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas dos Tribunais de Justiça correspondentes à classe dos magistrados". Embora a LOMAN devesse entrar em vigor quatro dias depois, por maioria, 7 a 4, a interpretação por ela adotada veio a prevalecer na Representação 1.006, relator Ministro Leitão de Abreu, acórdão de 10.5.79, RTJ 92-460, cuja ementa reproduz o texto legal. Dos quatro votos vencidos, dois foram explícitos em declarar que a lei ainda não estava em vigor e por isso deixavam de considerá-la. Passaram-se quatro anos e meio e no julgamento do RE 100.554, relator o Ministro Rafael Mayer, acórdão de 18.11.93, foi mantida a solução da LOMAN, RTJ 113-1.264. O Ministro Muñoz submeteu-se então à interpretação

acolhida pela lei p. 1.272. Outros cinco anos, quase, transcorreram e, no julgamento do RE 108.571, acórdão de 12.8.88, relator o Ministro Néri da Silveira, DJ 23.9.88, Ementário 1.516-5, no mesmo sentido foi a decisão do Supremo.

III. Já sob a Constituição de 1988, o Conselho Federal da OAB ajuizou as ações diretas 27 e 29, impugnando a constitucionalidade de assentos regimentais dos Tribunais do Paraná e do Rio Grande do Sul, que voltavam a permitir o acesso do quinto do Alçada para o quinto do Tribunal de Justiça, inspirados no que a Constituição consignara no inciso II do seu artigo 93, "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem". Foram seus relatores, respectivamente, os Ministros Célio Borja e Aldir Passarinho. Por 7 a 4, o Supremo julgou procedentes ambas as ações, RTJ 132-945 e 132-483. Aos dois julgados foram opostos embargos, relatores os Ministros Aldir Passarinho e Marco Aurélio. Por acórdãos de 17.12.90, o STF os rejeitou; contudo, a divisão foi maior, 5 a 5, mas o voto divergente de ambas as correntes, que concluía pela impossibilidade dos juízes do Alçada integrantes do quinto chegaram ao Tribunal de Justiça porque ocupantes do cargo isolados, deu maioria à que se conservava fiel à orientação anterior, espelhada na LOMAN, RTJ 134-963 e 133-955.

IV. Passados cinco anos e meio, ainda pelo Conselho Federal da OAB, foi aforada a ação direta 813, desta vez argüindo a inconstitucionalidade do § 3º do art. 63, da Constituição paulista, *verbis*, "as vagas dessa natureza (do quinto) ocorridas no Tribunal de Justiça serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antigüidade e merecimento alternadamente, observado o disposto no art. 60". Por acórdão de 9.6.94, relator o Ministro Carlos Velloso, a ação direta de inconstitucionalidade foi julgada improcedente, contribuindo para a formação da maioria o voto do Ministro Marco Aurélio, que permanecera insulado nas ações 27 e 29. Com este julgado, o STF voltou à orientação adotada em 1972, ao julgar as Representações 879 e 881.

Respeitáveis argumentos vêm sendo desenvolvidos na defesa de uma e outra tese, que, fundamentalmente, se distinguem no seguinte: enquanto uma corrente entende que o advogado e o procurador, ao ingressarem no quinto do Alçada, perdem sua qualidade profissional originária e passam a ser juízes e só juízes, deixando de satisfazer a exigência prevista no artigo 94 da lei maior, a outra sustenta que, para o efeito de promoção ao Tribunal de Justiça, e com o fito de manter incólumes o quinto dos "classistas" e os quatro quintos dos juízes de carreira, eles não perdem a qualificação originária, apurada no momento do ingresso no quinto do Alçada, atendida ainda a finalidade do preceito constitucional de fazer presente nos tribunais o saber de experiência feito adquirido no exercício da advocacia e do Ministério Público, experiência que se não apaga com a passagem pelo Alçada; esta solução invoca em seu favor o disposto no inciso III do artigo 93 da Constituição.

Em síntese apertada, esta a linha das decisões do STF em relação à controvertida matéria e às razões de divergência entre as duas correntes, até agora não pacificadas.