

# Quinto Constitucional dos Tribunais de Alçada e Acesso aos Tribunais de Justiça na Constituição de 1988

XAVIER DE ALBUQUERQUE  
Ministro aposentado, ex-Presidente do  
Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

*I — Objeto do estudo. II — Evolução do problema e solução legislativa. III — Solução constitucional de questão. IV — Conclusão.*

### *I — Objeto do estudo*

1. Entre os princípios que impôs à organização do Poder Judiciário e mandou observar pelo Estatuto da Magistratura, o inciso III do art. 93 da Constituição de 1988 estatuiu o seguinte:

“III — 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.”

*Em alguns Estados da Federação nos quais há Tribunal de Alçada, o Tribunal de Justiça expediu ato normativo destinado, entre outros fins, a implementar o princípio constitucional.*

2. No Estado do Paraná, foi baixado o Assento n.º 4/88, de 25-11-88, em cujo art. 3.º, parágrafo único, ficou estabelecido o seguinte:

“Art. 3.º — (...)”

Parágrafo único — O preenchimento das vagas destinadas ao quinto constitucional que ocorrerem no Tribunal de Justiça, será efetivado através de promoção dos Juizes integrantes do Tribunal de Alçada, ali representantes do Ministério Público e

dos advogados, obedecidos os critérios de antigüidade e merecimento e as condições neste Assento contempladas.”

3. No Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça editou o Assento Regimental n.º 5/89, de 16-2-89, exclusivamente destinado a dispor sobre a matéria. Seus arts. 1.º a 3.º tomaram esta redação:

“Art. 1.º — Nos casos de vaga de Desembargador oriundo do Ministério Público ou da Advocacia, os juízes integrantes do quinto constitucional do Tribunal de Alçada terão acesso ao Tribunal de Justiça, observados os critérios de antigüidade e merecimento (art. 93, III, da Constituição da República).

Art. 2.º — No caso de vaga a ser preenchida pelo critério de antigüidade, terá acesso o juiz mais antigo da respectiva classe de origem, observado o disposto no art. 93, II, *d*, da Constituição da República.

Art. 3.º — No caso de vaga a ser preenchida pelo critério de merecimento, caberá ao Tribunal de Justiça elaborar a lista.”

4. Também no Estado de São Paulo, o Conselho Superior da Magistratura, visando a disciplinar o sistema de promoções para o Tribunal de Justiça e para os Tribunais de Alçada, expediu o Provimento n.º 349, de 14-12-88, em cujo art. 5.º, *caput*, assim dispôs:

“Art. 5.º — Nos concursos de promoção para o Tribunal de Justiça, respeitar-se-á sempre a classe de origem dos candidatos, de tal forma que, para vaga de Desembargador provindo da Magistratura de primeira instância, só poderão concorrer juízes de carreira, ao passo que, para vaga de Desembargador do quinto constitucional, só poderão concorrer Juízes oriundos do Ministério Público ou da classe dos Advogados.”

5. Sucedeu que os dois primeiros desses atos normativos — o do Paraná, e o do Rio Grande do Sul —, relativamente às normas postas em destaque pelas transcrições há pouco feitas, tiveram sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

A norma paranaense faz objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 27, proposta pelo Procurador-Geral da República sob provocação de membros do Ministério Público estadual, e também da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 29, intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual igualmente se argüi a inconstitucionalidade das normas sul-rio-grandenses. São seus relatores, respectivamente, os eminentes Ministros Célio Borja e Aldir Passarinho.

6. Nem sempre coincidem, numa e noutra dessas argüições de inconstitucionalidade, os fundamentos que as embasam. Nelas sobressaem, todavia, uns poucos que, ou lhes são comuns, ou aparentam maior consistência.

Diz-se, assim, que as normas impugnadas colidem com o art. 94 e seu parágrafo único da Constituição, que dispõem genericamente sobre a integração, na composição dos Tribunais e por um quinto dos lugares, de membros do Ministério Público e advogados, uns e outros indicados em lista sextupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, lista que, reduzida a tríplice pelo órgão judiciário, é enviada, para nomeação de um de seus integrantes, ao Poder Executivo. A colisão, nessa linha de entendimento, traduz-se pelo comprometimento das prerrogativas, quer dos órgãos de representação das duas classes, relativamente à elaboração da lista sextupla, quer do Poder Executivo, quanto à escolha para nomeação de um dos integrantes da lista tríplice. Também a exprime, na opinião do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a inobservância do requisito de mais de dez anos de carreira (para o membro do Ministério Público) ou de efetiva atividade profissional (para o advogado), requisito que falta a juiz de Tribunal de Alçada ocupante de lugar afetado ao chamado quinto constitucional. Neste ponto, o argüente invoca o art. 100, § 4.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

7. Para responder à argüição de inconstitucionalidade da norma contida em seu Assento n.º 4/88, prestou informações, elaboradas pelo ilustre Professor E. D. Moniz de Aragão, a pedido do seu Presidente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Em mais de vinte substanciosas laudas, o importante documento repele os fundamentos que lhe dão arrimo e sustenta, conclusivamente, a perfeita compatibilidade entre a Constituição e a norma impugnada, voltada, de resto, para a cabal observância da cláusula final do inciso III do art. 93 do estatuto político.

8. Também prestou informações, em defesa da constitucionalidade do seu Assento Regimental n.º 5/89, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## II — *Evolução do problema e solução legislativa*

9. O chamado quinto constitucional foi inovação da Constituição de 1934, mas o problema sob exame somente começou a despontar, onde e quando, segundo a permissão da Constituição de 1946, se criaram — com a denominação, que se consagrou e foi perfilhada pela Emenda Constitucional n.º 16/65, de Tribunais de Alçada — “tribunais de alçada inferior à dos Tribunais de Justiça” (art. 124, II, na redação primitiva).

Muitas foram as vicissitudes por que passaram a criação desses Tribunais de Alçada e, principalmente, sua inserção, congruente com os princípios gerais traçados pela Constituição Federal, na estrutura de cada Poder Judiciário estadual. Foram elas lembradas no Plenário do Supremo

Tribunal Federal, em votos dos saudosos Ministros Barros Monteiro e Rodrigues Alckmin, quando do julgamento conjunto, a 13 de dezembro de 1972, das Representações n.ºs 879 e 881 (RTJ 67/630 e RTJ 66/631). No estudo já mencionado, que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adotou como suas próprias informações para instruírem o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, o Professor Moniz de Aragão valeu-se desses votos e os complementou, enriquecendo-lhes a reconstituição histórica.

10. Entre essas dificuldades, sobrelevou a do tratamento a ser dado aos juizes dos Tribunais de Alçada, neles integrados como ocupantes de lugares afetados ao quinto constitucional, para os fins de acesso ou promoção que devessem ter para lugares de natureza correspondente, que se vagassem nos Tribunais de Justiça.

Na solução dessa dificuldade, parece caber ao Estado de São Paulo a precedência. Sobre ela, assim depôs no referido voto o pranteado Ministro RODRIGUES ALCKMIN (RTJ 66/648 — grifos acrescentados):

“Pensou-se, então, numa solução que não repugnava ao texto constitucional e que parecia conciliar todas as dificuldades, fazendo que os Tribunais de Alçada fossem, realmente, Tribunais de alto nível e pudessem permitir o acesso ao Tribunal de Justiça. Fez-se, na interpretação da Constituição, possível a promoção dos juizes dos 4/5 do Tribunal, que são de carreira, por antiguidade e por merecimento ao Tribunal de Justiça. E, quanto aos juizes que vierem do quinto constitucional, juizes oriundos do Ministério Público e da advocacia, poderiam eles, a par de outros que têm a mesma experiência específica de advogados e promotores, galgar o Tribunal de Justiça, no quinto reservado aos membros da advocacia e do Ministério Público.”

11. A solução paulista foi adotada em outros Estados, e tal adoção, precisamente, deu motivo às representações de inconstitucionalidade antes referidas (n.º 9, retro, segundo parágrafo). Na Representação n.º 879, a norma impugnada figurava no Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul e permitia que os juizes do Tribunal de Alçada, integrantes do quinto, concorressem ao preenchimento de vaga da mesma natureza no Tribunal de Justiça. Semelhantemente, fez objeto da Representação n.º 881, norma de organização judiciária do Estado de Minas Gerais, segundo a qual os juizes do Tribunal de Alçada que nele compusessem o quinto, conservariam, para efeito de preenchimento do cargo de Desembargador, a categoria com que houvessem ingressado naquele Tribunal.

No referido julgamento conjunto dessas duas representações, o Supremo Tribunal Federal deu beneplácito e livrou da pecha de inconstitucional à fórmula paulista que, naquela altura, também se naturalizara gaúcha e mineira.

Nosso voto naquelas deliberações, acompanhado pelos dos saudosos Ministros Oswaldo Trigueiro e Aliomar Baleeiro, restou vencido. Pareceu-nos impossível contemporizar — à falta de norma especial que, no texto constitucional de então, lhe exceptionasse a incidência — com a desobediência, que a solução ali discutida importava, àquela que exigia o requisito do efetivo exercício da advocacia ou da função ministerial.

Em meio ao vivo debate que nosso voto provocou, no qual vários ministros intervieram em defesa da fórmula que combatíamos, insistiu o saudoso Ministro Barros Monteiro em que ela era a solução melhor. Retrucou-lhe, com acuidade proverbial e, a bem dizer, profeticamente, o pranteado Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 66/651): “É outro problema, que ao constituinte cabe resolver”.

12. Durante algum tempo, após os mencionados acórdãos do Supremo Tribunal Federal, esteve pacificada a questão. Advindo, porém, em 1977, a Emenda Constitucional n.º 7, que previu sua edição por lei complementar, e, em 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, viu-se ela, por obra desta última, profundamente afetada. Sucedeu que o legislador complementar federal, diante de disciplina constitucional que, no pertinente, não sofrera alteração, entendeu de lhe dar desate contrário ao que, adotado pelos legisladores gaúcho e mineiro, fora placitado pela Corte Suprema.

A solução legislativa dada ao problema ficou, então, assim lançada no § 4.º do art. 100 da referida Lei Orgânica (Lei Complementar n.º 35, de 14-3-79):

“§ 4.º Os juízes que integrem os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados.”

13. No entretempo, o Estado do Rio de Janeiro instituíra, pela Resolução n.º 1, de 21-3-75, do seu Tribunal de Justiça, Código de Organização e Divisão Judiciárias cujo art. 167, parágrafo único, sobre definir como cargos isolados dos tribunais de alçada os destinados aos advogados e membros do Ministério Público, assegurava aos seus ocupantes “o direito de concorrer ao cargo de desembargador, na composição das listas tripliques para o preenchimento das vagas correspondentes às classes de que provieram”. Tratava-se, à evidência, de outra naturalização, agora como fluminense, da antiga solução paulista.

A Ordem dos Advogados do Brasil, por sua Seccional no Estado, arguiu a inconstitucionalidade dessa norma e pediu ao Procurador-Geral da República que submetesse a arguição ao Supremo Tribunal Federal. E o Chefe do Ministério Público da União, inobstante os dois precitados acórdãos da Suprema Corte, que davam respaldo ao dispositivo impugnado, mas levando em conta “ter o Projeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em tramitação no Congresso Nacional, consagrado justamente

a posição contrária à firmada pelo Excelso Pretório, aliada à circunstância da substancial alteração na composição deste Egrégio Tribunal” deu curso à arguição que se converteu na Representação n.º 1.006 (RTJ 93/460), da qual foi Relator o eminente Ministro Leitão de Abreu. A justificativa acima aspeada consta do parecer final emitido pelo Procurador-Geral e figura na p. 470 da publicação indicada.

No julgamento dessa nova representação, o Supremo Tribunal Federal fez cabal reexame da questão constitucional e, na real verdade, submeteu a revisão, posto debilitada pela dissidência de quatro respeitáveis votos vencidos, seus dois julgados anteriores. A maioria, que ali passamos a integrar, entendeu que a norma impugnada — e, conseqüentemente, a solução nela adotada para a questão — não se compatibilizava com a Constituição. A esta, ao invés — salientou o voto do Relator (RTJ 92/481) —, dera correta interpretação o prefalado art. 100, § 4.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

14. Nos quase dois lustros que se seguiram ao julgamento da Representação n.º 1.006, outros acórdãos lhe reiteraram a diretriz (RE 100.554, RTJ 113/1.264, e RE 108.571, DJ 23-9-88, Ement. 1.516-5, p. 968).

Pode concluir-se, portanto, que a solução legislativa dada à questão pelo legislador complementar de 1979 e legitimada pela mais recente jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal, prevaleceu até quando o constituinte de 1987/1988, estimulado pela polêmica incessante que ela envolve e sensibilizado por uma de suas vertentes, optou por lhe dar solução diversa, repristinadora da velha fórmula paulista.

Aí encontrou seu desfecho a observação vaticinante do saudoso Ministro Oswaldo Trigueiro (n.º 11, retro, quarto parágrafo, *in fine*).

### III — Solução constitucional da questão

15. A controvérsia sobre o problema nunca cessou de angustiá-lo, assim nas contendas judiciais como nos estudos legislativos, com defensores de uma e outra das duas opostas soluções, isto é, da que São Paulo adotou e exportou para outros Estados federados, placitada pela jurisprudência entre fins de 1972 e meados de 1979, e da que prescreveu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que desde então ela também legitimou.

Pela primeira, propugnaram respeitáveis manifestações.

Quando ainda se realizavam, em 1974, sob a coordenação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, estudos voltados para a anunciada reforma do Judiciário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aprovou e lhe ofereceu sugestões nas quais, entre muitos pontos, propunha a persistência da vinculação dos juizes do quinto constitucional do Tribunal de Alçada à respectiva origem representativa, de modo a poderem ascender ao Tribunal de Justiça em vagas correspondentes (v. Revista *Ajuris*, 2/5-15, 11-12 e 15).

Concluídos tais estudos, e encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição que ali tomou o n.º 29, de 1976, ofereceram-se emendas, no âmbito do Parlamento, que também advogavam semelhante solução. Na Emenda n.º 52, o Senador Franco Montoro propôs que o art. 129, III, da Constituição, passasse a conter o seguinte preceito (v. Suplemento ao *Diário do Congresso Nacional* de 5-12-76, p. 40):

“O preenchimento dos cargos de Desembargador do Tribunal de Justiça somente pode ser feito por juiz de Tribunal de Alçada, onde os houver, observada, com relação ao quinto reservado a advogados e membros do Ministério Público (art. 118), a condição com que ingressaram no Tribunal de Alçada.”

Em linha coincidente, a Emenda n.º 187, de autoria do Senador Otto Lehmann, buscou dar esta redação ao art. 144, IV, da Constituição (v. Suplemento cit., p. 104):

“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, respectivamente, preenchidos por representantes da mesma origem, e com eles concorrerão, para acesso ao Tribunal de Justiça, os que, em razão de origem idêntica, sejam membros de tribunais de menor alçada.”

Opinando sobre tais propostas, disse o Relator da matéria, Senador ACCIOLY FILHO, quanto à primeira, que

“a emenda vincula a promoção ao Tribunal de Justiça à passagem pelo Tribunal de Alçada, o que é de ser acolhido, valendo o mesmo para a ascensão dos magistrados oriundos de advocacia e do Ministério Público e a proporção a respeitar-se entre antiguidade e merecimento” (v. Avulso do Congresso Nacional sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 29, de 1976, p. 31).

Relativamente à segunda, manifestou-se por sua aprovação parcial, mas ressaltou que as idéias que dela aproveitava se haviam transposto para o Substitutivo que ofereceu (v. Avulso cit., p. 50). Assim se deu, com efeito, pois o Substitutivo do Relator destinou a seguinte redação para o art. 144, IV, da Constituição (v. Avulso. cit., p. 68):

“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. Onde houver Tribunal de Alçada, as vagas do Tribunal de Justiça de que trata este inciso serão preenchidas

com nomes escolhidos dentre os ocupantes dos lugares, a eles correspondentes, do Tribunal de Alçada.”

Os eventos políticos do começo de 1977, que desaguarão na decretação do recesso do Congresso Nacional e na outorga da Emenda Constitucional n.º 7, comprometeram o exame, que ali se fazia, das modificações constitucionais em pauta. Não fora isso, bem poderia ter sobrevivido desde logo a solução constitucional que somente em 1988 se viria a consagrar.

16. Mais tarde, como já foi dito, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional o projeto da Lei Orgânica da Magistratura Nacional e nele introduziu disposição que se viria a converter na solução legislativa de 1979, versada no capítulo precedente. Na Exposição de Motivos EM/GM/0185, de 26-5-78, com que apresentou o projeto ao Chefe da Nação, deu-lhe realce o Ministro da Justiça, nestes termos (Leis Complementares à Constituição Federal. Senado Federal, vol. 3, 1985, p. 1052):

“Assim, o art. 96, § 4.º, a prescrever que concorrem, os juízes integrantes dos Tribunais de Alçada, para acesso ao Tribunal de Justiça, somente às vagas correspondentes à classe dos magistrados, com o que se visa a pôr fim à discussão sobre se os juízes daqueles tribunais, nomeados dentre advogados e membros do Ministério Público, podem ter acesso ao Tribunal de Justiça em vaga reservada a magistrado ou somente em vaga deixada por representante das classes dos advogados e do Ministério Público.

A norma pretende guardar fidelidade ao sentido da Constituição, art. 144, IV, em que os juízes componentes dos Tribunais de Alçada concorrem às vagas, no Tribunal de Justiça, correspondentes à classe dos magistrados. Não podem os juízes concorrer às vagas do quinto constitucional, ainda que, para integrarem o Tribunal de Alçada, hajam sido recrutados dentre os advogados ou membros do Ministério Público, pois a Constituição estabelece estejam no efetivo exercício da profissão, ou do cargo na carreira do Ministério Público, à época da escolha e da nomeação, aqueles que ocuparão, em qualquer tribunal de segundo grau de jurisdição, os lugares reservados a advogados e membros do Ministério Público.”

No curso da tramitação legislativa, o projeto não deixou de sofrer, no particular, a censura dos partidários da solução oposta à que nele se adotava, nem escapou das tentativas de sua substituição.

Relatando-o, com efeito, perante a Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados, o Deputado RUY CÔDO lhe opôs aberta crítica:

“Outra norma” — escreveu (Leis Complementares... cit., p. 1074) — “que se afasta do interesse público, para servir ao

pessoal, individual, está no § 4.º do mesmo art. 96. Dado que o 'quinto' dos Tribunais de Alçada não provém da carreira porque o ingresso nesta só se faz nos cargos iniciais e por concurso público de provas e títulos (Constituição, art. 144, I), os seus integrantes não poderão vir a ocupar no Tribunal de Justiça os lugares destinados 'à classe de magistrados'. Em recentes julgamentos, o Supremo Tribunal Federal consagrou a legitimidade, face à Constituição, da transferência dos representantes do 'quinto' para os correspondentes lugares no Tribunal de Justiça. Logo se vê que o preceito ora criticado visa a atender interesses pessoais, que não lograram impor-se no julgamento da mais alta Corte constitucional da Nação."

Por outro lado, emendas foram propostas ao dispositivo projetado, para lhe dar sentido contrário ao objetivado pelo Poder Executivo. Referiu-as, em parecer como Relator na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Senador HELVÍDIO NUNES que, sobre a Emenda n.º 70, de autoria do Senador FRANCO MONTORO, assim opinou (Leis Complementares... cit., pp. 1121-1122):

"Os novos §§ 4.º e 5.º visam à conservação da condição de origem, quanto aos magistrados provenientes do Ministério ou da advocacia, em obediência ao quinto constitucional, para efeito de preenchimento de suas vagas, ou de remoção ou promoção (§ 4.º), bem como a aplicação do mesmo princípio aos Juizes dos Tribunais de Alçada (§ 5.º).

Sobre a matéria há duas posições, ambas perfeitamente defensáveis: a consubstanciada, no projeto, que não admite concorram os juizes do TA oriundos do MP e da advocacia, às vagas do quinto no TJ e a que, ao contrário, sustenta só a estas poderem aqueles concorrer.

A matéria já foi apreciada por duas vezes pelo STF, que se pronunciou pela constitucionalidade das leis de Organização Judiciária, que consagram o último critério (Rep. n.ºs 881 — MG, e 879 — RS), decisões, porém, tomadas por maioria, após amplo debate como se pode ver das cópias anexas desses julgados. Há razões ponderáveis a favor das duas correntes.

(...)

Vale lembrar que o Procurador-Geral da República, acolhendo representação do Conselho Seccional da OAB do Rio de Janeiro, acaba de ingressar, através de ação direta de inconstitucionalidade, no STF, visando a declarar a inconstitucionalidade do artigo do Código de Organização Judiciária do Rio de Janeiro, que consagra o segundo critério.

Seria, assim, conveniente manter o projeto, ajustando-o, na sua tramitação, ao que vier a decidir o STF, pois de nada valeria consagrar na LOMAN posição contrária, que poderia, em seguida, vir a ser declarada inconstitucional.”

O mesmo Relator também apreciou a Emenda n.º 73, de autoria do então Senador, hoje eminente Ministro PAULO BROSSARD, dizendo (id. id., p. 1122):

“A emenda dá nova redação ao item 4.º do art. 96, nestes termos: “os Juizes que integram os Tribunais de Alçada na condição de classistas do Ministério Público e advogados concorrerão dentro de suas respectivas classes de origem, quando nelas houver vaga nos Tribunais de Justiça.”

Como a Emenda n.º 70, pelas mesmas razões, deve esta emenda ser rejeitada.”

17. Ora, mantida a efervescência latente que a polêmica matéria não deixa esvaecer-se, não foi de causar surpresa que, na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, haja saído vencedora a corrente que ficara frustrada em 1976/1977, quando o Congresso Nacional examinava proposta de Emenda Constitucional voltada para a Reforma do Judiciário, e vencida em 1978/1979, quando elaborava a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Se a vitória dessa corrente lhe houvesse sorrído nesta segunda oportunidade, sem que nenhuma alteração se fizesse, simultânea e correspondentemente, no próprio texto constitucional, teria tido fugaz duração, pois o Supremo Tribunal Federal — como temeu, aliás, em seu parecer de Relator na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Senador Helvídio Nunes (n.º 16, retro, penúltimo parágrafo) — haveria de declarar a inconstitucionalidade da norma que a tivesse consagrado. Muito diverso é o êxito que ela vem de recolher recentemente na Assembléia Nacional Constituinte. Agora, a norma que o exprime inscreve-se na própria Constituição.

Posto traduzida em fraseado nem sempre coincidente, é seguramente a mesma, a idéia que essa corrente vem advogando de longa data e que, finalmente, logrou fazer prevalecer na nova Constituição.

Dizia a norma gaúcha, impugnada na Representação n.º 879, que os juizes de alçada, integrantes do quinto, poderiam concorrer ao preenchimento de vaga da mesma natureza no Tribunal de Justiça (n.º 11, retro). A mineira, objeto da Representação n.º 881, rezava que os mesmos juizes, para o efeito de promoção ao cargo de Desembargador, conservariam a categoria que lhes houvesse propiciado o ingresso no Tribunal de Alçada (id. id.). E a regra fluminense, cuja inconstitucionalidade foi declarada na Representação n.º 1.006, assegurava-lhes o direito de concorrerem ao cargo de desembargador para o preenchimento das vagas correspondentes às classes de que proviessem (n.º 13, retro). É indiscutível que, na raiz de todas elas, inseria-se a mesma idéia matriz.

Foi na derradeira delas, a fluminense, que figurou, quiçá pela vez primeira, a noção de classes de proveniência (“classes de que provieram”), com significado perfeitamente igual à de classe de origem, agora utilizada pela Constituição. Logo depois, a origem idêntica referiu-se à emenda do Senador Otto Lehmann (n.º 15, retro, quarto parágrafo), ao passo que, dois anos mais tarde, a do Senador Franco Montoro aludiu a condição de origem (n.º 16, retro, quarto parágrafo). Por fim, reportou-se a emenda do então Senador, hoje eminente Ministro Paulo Brossard, não menos que às classes de origem (id. id., quinto parágrafo), com as mesmas palavras e no mesmo sentido em que também o faz a nova norma constitucional.

Não parece possível, portanto, duvidar-se do que quer a Constituição, no inciso III, segunda parte, do seu art. 93. Ela quer, indubiosamente, que, onde houver Tribunal de Alçada, ele constitua estágio necessário e universal para acesso ao Tribunal de Justiça, no qual as vagas ocorrentes serão sempre preenchidas por juizes dele providos e de acordo com a classe de origem. Juizes de alçada providos da carreira iniciada em primeiro grau, concorrerão a vagas de desembargador destinadas à sua classe, ao passo que aqueles oriundos da advocacia, ou do Ministério Público, disputarão as reservadas, por igual, às classes respectivas.

A Constituição, a bem dizer — como salientou o Professor Moniz de Aragão, nas informações que elaborou a pedido do Tribunal de Justiça do Paraná —, instituiu, nos Estados onde exista Tribunal de Alçada, carreira diferenciada, cu segmento dela, para a magistratura do chamado quinto constitucional. No passado, ao votarmos no julgamento conjunto das Representações n.ºs 879 e 881 (n.º 11, retro), tendo presentes as normas constitucionais então imperantes, tachamo-la de esdrúxula. Agora, contudo, consagrou-a a Constituição e, por isso, *tollitur quaestio*.

18. Aliás, para a doutrina que se deu pressa em versá-la, a inteligência da norma constitucional não enseja disceptações.

“Os advogados e membros do Ministério Público” — escreveu sobre ela ORLANDO DE ASSIS CORRÊA (*Nova Constituição Anotada*, 1989, p. 72) — “que integrarem Tribunais de Alçada não perderão sua condição de classistas, para efeito de promoção ao Tribunal de Justiça.”

Na opinião de Wolgran Junqueira Ferreira (*Comentários à Constituição de 1988*, vol. 2, 1989, p. 701), observar a classe de origem significa que “se a vaga no Tribunal de Justiça decorreu de aposentadoria do quinto dos advogados ou do Ministério Público, há que se preenchê-la com procuradores ou membros do Tribunal de Alçada do quinto do Ministério Público ou de advogados, dependendo da classe de origem”.

“A seguir” — entende, por sua vez, JOÃO BOSCO CAVALCANTI LANA (*Comentários à Constituição Federal*, 3.º vol., 1989, p. 58) — “se cuida do acesso aos tribunais de segundo grau, mantidos os critérios anteriores com a inovação de

que a apuração se fará na última entrância, mas, obrigatoriamente passando pelo Tribunal de Alçada, onde o houver, acrescentando-se, por força da existência do quinto constitucional dos tribunais, reservado tradicionalmente aos advogados e ao Ministério Público, a vinculação do candidato à promoção à classe de origem, isto é, a dos juízes de carreira, a dos advogados ou a do Ministério Público."

Finalmente, em monografia dedicada ao tema "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", 1989, depois de registrar que a alusão final a classe de origem, contida no preceito em questão, "solveu antiga controvérsia (p. 32), o Professor ALCIDES MENDONÇA LIMA referiu-se ao julgamento da Representação n.º 1.006 (n.º 13, retro) e concluiu (p. 33):

"A tese vencedora, por último, no Supremo Tribunal Federal, não foi acolhida pela atual Constituição, resolvendo a *vexata questio*, com diretriz que, aliás, sempre combatemos, inclusive em estudo divulgado pela imprensa.

Daqui por diante, por texto expresso, o advogado e membro do Ministério Público, integrantes do "Alçada", deixaram de ter direito ao acesso para o "Justiça" em igualdade de condições com seus colegas no órgão, os juízes de carreira, em vaga de qualquer desembargador, para levar em conta a origem classista, com o fim de preencher a vaga da mesma estirpe. O último julgamento do Supremo nem chegou a prevalecer com a vigência desta Constituição."

19. A semelhante inteligência, não oferece embargo o disposto no art. 94 da mesma Constituição. Contém ele, regra geral compósita que, porque excepcionada pela regra especial em apreço, somente tem incidência integral, relativamente ao Tribunal de Justiça, naqueles Estados, que constituem a maioria, em que não haja Tribunal de Alçada. Havendo-o, o inciso III, parte final, do art. 93 preexclui as normas do art. 94 relacionadas com o requisito de dez anos de carreira ou de efetiva atividade profissional, e com as prerrogativas dos órgãos de representação dos advogados e dos membros do Ministério Público, de indicação em listas sextuplas, bem assim do Poder Executivo, de escolha e nomeação.

Harmonizam-se, dessarte, ao invés de colidirem, as prefaladas disposições constitucionais.

#### IV — Conclusão

20. Isto posto, opinamos no sentido de que são constitucionais, ao contrário do que se argúi nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 27 e 29, ora pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal, as normas ali impugnadas e expedidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e do Rio Grande do Sul.