


EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI - 4078

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
20/05/2008 15:36 71641


A ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 341022280001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, vem, respeitosamente, por seus advogados (docs. 1 a 2), propor a presente **ação direta de inconstitucionalidade** (CF, art. 102, I, a, e Lei nº 9.868/99, art. 2º, IX), contra o inciso I do art. 1º, da Lei n. 7.746, de 30 de março de 1989 (doc. 3), nos termos e pelos motivos que passa a expor.

I – OBJETO DA AÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO LEGAL QUE DISCIPLINA A COMPOSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AOS 2/3 DE MAGISTRADOS EGRESSOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.

1. Impugna a AMB, na presente ação direta de inconstitucionalidade, o inciso I, do art. 1º, da Lei n. 7.746, de 30 de março de 1989, que dispôs sobre a composição do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos (doc. 03):

“Art. 1º O Superior Tribunal de Justiça, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 33 (trinta e três) ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 (trinta e cinco) anos e menos de 65 (sessenta e cinco) anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo:

1 - 1/3 (um terço) dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais e 1/3 e (um terço) dentre desembargadores dos Tribunais de justiça, indicados em lista triplíce elaborada pelo próprio Tribunal;

II - 1/3 (um terço), em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94 da Constituição Federal.

2. Tal dispositivo legal está disciplinando o inciso I do art. 104 da Constituição Federal, que possui o seguinte texto:

"Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros: Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I – um terço dentre juizes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista triplíce elaborada pelo próprio Tribunal;

II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94."

3. No entender da AMB, padece o inciso I, do art. 1º da referida Lei n. 7.746/89, do vício de inconstitucionalidade material, porque, ao dispor sobre a forma de recrutamento de desembargadores nos Tribunais de Justiça e de juizes nos Tribunais Regionais Federais -- que haveriam de ser indicados para a formação da lista triplíce ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça --, não observou o legislador ordinário que **a correta interpretação** do inciso I do art. 104 da CF é no **sentido de que, como regra, somente os juizes e desembargadores "de carreira" poderão ser indicados.**

4. Aliás, já para a composição inicial do STJ determinou o legislador constituinte, no § 3º, do art. 27, do ADCT, que deveria ser observada, quanto aos Ministros do Tribunal Federal de Recursos que passariam a ser membros do Superior Tribunal de Justiça, a classe de origem (magistrado de carreira, advogado ou membro do Ministério Público).

5. De outra forma não poderia ser, afinal, ainda que não possa haver qualquer distinção entre os Desembargadores dos Tribunais de Justiça e os Juizes ou Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais, pois todos são magistrados em

sua plenitude, carregam os mesmos a marca de suas origens, seja quando ingressam nesses Tribunais (na classe de magistrados ou no quinto constitucional), sejam quando saem desses Tribunais (abrem a vaga de magistrados ou do quinto constitucional), seja ainda quando são convocados a integrar os Órgãos Especiais desses Tribunais (pois a LOMAN determina a observância do quinto constitucional nesse órgão).

6. Basicamente, em relação à classe de origem, somente existem duas espécies de magistrados: ou são magistrados de carreira ou são egressos do quinto constitucional. Logo, há necessidade de se impor a classificação sobre os Desembargadores dos Tribunais de Justiça e os Juízes ou Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais quanto a suas origens, para fins de ingresso no STJ pela franquia do inciso I, do art. 104, já que pela franquia do inciso II, do mesmo artigo 104, ingressam no STJ membros da advocacia e do Ministério Público.

II - A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DA AUTORA E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA AÇÃO

7. A legitimidade ativa *ad causam* da autora decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autorizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por "*entidade de classe de âmbito nacional.*"

8. É exatamente esse o caso da autora, que representa, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros (doc. 2), sendo indiscutível a legitimidade para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os fins sociais da associação autora. Afinal, trata-se de entidade de âmbito nacional representativa dos magistrados brasileiros e apresenta, dentre os seus objetivos institucionais, a defesa do regular funcionamento do Poder Judiciário.

9. Aliás, a jurisprudência desse eg. STF é firme no sentido de admitir a legitimidade da AMB para realizar a defesa também dos interesses difusos relacionados ao regular funcionamento do Poder Judiciário, como se observa pela seguinte ementa (STF, Pleno, ADI 1303, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 01.09.00):

EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DE SANTA CATARINA: § 2º DO ART. 45: REDAÇÃO ALTERADA PELA RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 062/95-TRT/SC; PROMOÇÃO POR ANTIGÜIDADE: JUIZ MAIS ANTIGO; VOTO SECRETO. PRELIMINAR: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB; LEGITIMIDADE ATIVA; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. DESPACHO CAUTELAR. PROFERIDO NO INÍCIO DAS FÉRIAS FORENSES, AD REFERENDUM DO PLENÁRIO (art. 21, IV e V do RISTF). 1. Preliminar: esta Corte já sedimentou, em sede de controle normativo abstrato, o entendimento da pertinência temática relativamente à legitimidade da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, admitindo que sua atividade associativa nacional busca realizar o propósito de aperfeiçoar e defender o funcionamento do Poder Judiciário, não se limitando a matérias de interesse corporativo (ADI nº 1.127-8). (...)."

10. No caso concreto, os dispositivos legais impugnados estão perpetuando uma interpretação contrária à que se deveria extrair do texto constitucional, de sorte a violar o equilíbrio pretendido pelo legislador constituinte na composição do STJ, daí resultando o irregular funcionamento de importantíssimo órgão do Poder Judiciário.

III – SE A CONSTITUIÇÃO EXIGE 10 ANOS DE ATIVIDADE OU EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PARA A INDICAÇÃO DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO STJ, SOMENTE A EXIGÊNCIA DE QUE DESEMBARGADORES OU JUÍZES DOS TJs OU TRFs QUE FOSSEM “DE CARREIRA” PERMITIRÁ A CORRETA PARTICIPAÇÃO DESSAS CLASSES NO STJ

11. Efetivamente, quando o legislador ordinário foi chamado a dispor sobre a composição do Superior Tribunal de Justiça, deveria ter consignado no texto do inciso I, do art. 1º, da Lei n. 7.746/89, que magistrados indicados pelos TJs e TRFs haveriam de observar necessariamente a classe de origem (juiz de carreira), tal como fez no § 3º, do art. 27 do ADTC, o que resultaria na vedação da indicação de membros egressos do “quinto constitucional” às vagas reservadas aos magistrados de carreira.

12. Basta notar que, ao dispor sobre a forma de recrutamento de advogados e membros do Ministério Público -- que haveriam de ser indicados para a formação da lista triíplice ao cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça --,

determinou o legislador ordinário, no inciso II, do art. 1º da referida Lei n. 7.746/89, que fosse observada a forma prevista no art. 94 da CF, ou seja, que fosse observada a condição de possuir pelo menos 10 anos de atividade advocatícia ou 10 anos de exercício de função como membro do Ministério Público.

13. Dir-se-á que essa exigência não é legal, mas sim constitucional, pois o legislador constituinte já havia determinado que, no recrutamento de advogados e membros do Ministério Público para a formação de 1/3 do Superior Tribunal de Justiça, deveria ser observada a forma do art. 94, que estabelece a condição de 10 anos de efetiva atividade ou exercício.

14. Mas é exatamente essa exigência contida no art. 94 da CF que faz com que se tenha a certeza de que o advogado ou membro do Ministério Público indicado para integrar o STJ seja efetivamente um advogado militante ou um membro do Ministério Público com significativo exercício profissional. Assim, evita-se a indicação, por exemplo, (a) de um ex-magistrado recém-ingresso nos quadros da OAB ou do MP, (b) ou de um mero "bacharel de direito" recém-ingresso nos quadros da OAB ou do MP.

15. A exigência de 10 anos de atividade é a garantia constitucional ou legal de que o equilíbrio previsto para a composição do STJ seja observado de forma efetiva.

16. Não tratou, porém, seja o legislador constituinte, seja o legislador ordinário, de estabelecer igual garantia temporal quanto ao membro do TRF ou do TJ passível de ser indicado para compor o STJ.

17. A interpretação literal do texto do inciso I, do art. 104, da CF, levou o legislador ordinário a repetir as suas disposições na Lei n. 7.746/1989 sem estabelecer qualquer vedação.

18. Por essa razão, em princípio, poderão magistrados recém-ingressos nos TJs ou TRFs vir a ser indicados para compor o STJ.

19. Quanto ao juiz de carreira recém-ingresso no TJ ou no TRF, não

haveria qualquer problema para compreender que se trata de magistrado com longa experiência na magistratura, certamente superior há 10 anos, pois não se tem registro no Brasil, depois da CF de 1988, de ascensão a qualquer desses Tribunais de juiz de primeiro grau com menos de 10 anos de carreira.

20. Por mais que o magistrado consiga ser promovido por merecimento, a regra do art. 93, II, "a" e "b", da CF que exige para a promoção por merecimento estar o magistrado na quinta parte da lista dos mais antigos -- ao mesclar os critérios de antiguidade e merecimento na promoção por merecimento --, faz com que a carreira da magistratura para chegar ao Tribunal de Justiça seja longa e demorada.

21. O mesmo não ocorre com os membros dos TJs e TRFs egressos do quinto constitucional, pois tais magistrados poderão contar com pouquíssimo tempo na magistratura e, ainda assim, virem a ser indicados para compor o Superior Tribunal de Justiça nas vagas destinadas àqueles magistrados que há tempos desempenham atividade jurisdicional.

22. Essa situação, d.v., não parece obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que um recém-ingresso no TJ ou no TRF -- com a marca de possuir mais de 10 anos de exercício na sua antecedente classe de origem -- estaria ingressando no STJ, de forma privilegiada, na classe de magistrados.

23. Por essa razão, somente a interpretação do inc. I, do art. 104, da CF, que vede essa possibilidade é que deve ser aceita.

24. Se assim não for, restará aberto o acesso ao Superior Tribunal de Justiça, pela classe de magistrados, daquele juiz egresso do quinto constitucional com pouquíssimo tempo de exercício na magistratura, quer perante o TJ, quer perante o TRF.

25. Isso acarretará -- como está acarretando -- a quebra da proporção que o legislador constituinte havia estabelecido por meio da divisão tripartite na composição do Superior Tribunal de Justiça, de 1/3 de Desembargadores dos TJs, 1/3 de Juizes dos TRFs e 1/3 de advogados e membros do MP.

26. Para preservar a essência dessa composição, haveria o legislador ordinário de vedar o ingresso daqueles que não correspondessem integralmente a essas classes. Veja-se que, relativamente à classe de advogados e membros do Ministério Público, não se estabeleceu uma restrição total para os ex-magistrados, mas sim uma restrição parcial, ao exigir-se a atividade ou exercício da função pelo prazo mínimo de 10 anos. Já para a classe de magistrados, não se estabeleceu qualquer restrição, seja total seja parcial.

27. Dir-se-á, é certo, que o próprio dispositivo constitucional (art. 104, I), que veio a ser disciplinado pela Lei n. 7.746/89, não teria vedado, no inciso I, que juizes e desembargadores egressos do quinto pudessem concorrer ao cargo de Ministro do STJ pela classe de magistrados.

28. Mas, a partir do momento em que se verifica que tanto o dispositivo constitucional (art. 104, II), como o dispositivo da lei que o disciplinou, estabeleceram uma exigência mínima de tempo para que ex-magistrados pudessem concorrer ao cargo de Ministro do STJ pela classe de advogado e de Ministério Público, dúvida não pode haver que somente a interpretação reclamada nesta ação -- de que somente magistrados de carreira dos TJs e dos TFRs poderiam ser indicados e nomeados pela classe de magistrados -- poderá justificar o aparente desequilíbrio decorrente da restrição existente para a composição do terço de advogados e membros do Ministério Público na formação do STJ.

29. Com efeito, a interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal impõe, conforme pronunciamentos reiterados desse eg. Tribunal -- que a AMB demonstrará em capítulos seguintes --, a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

30. O inciso I do artigo 104 da CF deve ser objeto de interpretação que o compatibilize com o inciso II, do mesmo artigo 104, dada à forma de composição do Superior Tribunal de Justiça.

31. Isso quer dizer que, assim como o legislador constituinte e o legislador

federal impuseram uma restrição temporal aos advogados e membros do Ministério Público para ingressarem no STJ – 10 anos de atividade ou de exercício de função - - deve-se compreender a existência de restrição para os magistrados que integram os TRFs e TJs para ingressarem no STJ, vale dizer, deve-se compreender que os candidatos seriam, como regra, somente os magistrados de carreira, com exclusão dos egressos do quinto constitucional.

32. Somente esse entendimento evitará que se burle o verdadeiro sentido da composição pretendida pelo legislador constituinte para o Superior Tribunal de Justiça.

33. Esses fundamentos já seriam suficientes para o fim de demonstrar a inconstitucionalidade do inciso I, do art. 1º, da Lei n. 7.746/1989, (a) não apenas porque o inciso I, do art. 104, da CF, exige a interpretação de que os membros dos TJs e TRFs, passíveis de serem indicados para o STJ, devam ser “magistrados de carreira”, (b) como também porque a não observação de vedação aos membros dos TJs e TRFs egressos do “quinto”, passíveis de serem indicados para o STJ, resultará na inaceitável ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (pois subsistirá uma vedação aos ex-magistrados, com menos de 10 anos de exercício de advocacia ou de Ministério Público, para ingressar no STJ pelo quinto).

* * *

34. Ocorre que a AMB não desconhece o fato de que esse questionamento já foi objeto de debate por parte desse eg. STF em determinada ação (MS 23.445), bem ainda que houve a afirmação isolada por alguns Ministros dessa eg. Corte sobre a composição do STJ, ainda que a título de *obiter dictum*, no julgamento das ADIs que versaram sobre a composição dos Tribunais de Justiça nos Estados onde haviam Tribunais de Alçada (ns. 27, 29 e 813). Nessas oportunidades foi assinalado que, na composição do STJ, não se poderia cogitar da observância da “classe de origem” para os membros indicados pelos TJs e TRFs.

35. Em nenhum desses precedentes, porém, pode-se dizer que teria ocorrido o exame integral da matéria que agora é posta em debate, de forma a justificar a existência de algum óbice à sua propositura.

36. Diante, então, da cada vez maior participação de membros dos TRFs e TJs, egressos do quinto constitucional, na formação do Superior Tribunal de Justiça, ampliando a terça parte prevista no inciso II, do art. 104, da CF, necessário se mostra o ajuizamento da presente ação para o fim de se obter a declaração de inconstitucionalidade da norma legal que está permitindo essa ampliação indevida do número de egressos do quinto constitucional.

IV – A PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS, MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E MAGISTRADOS DE CARREIRA, NA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS, PRESSUPÕE O EXERCÍCIO DESSAS ATIVIDADES POR LONGO PERÍODO ANTES DE INGRESSAREM NOS TRIBUNAIS

37. Muito já se discutiu e se questionou perante esse eg. Supremo Tribunal Federal sobre a composição do quinto constitucional nos Tribunais nacionais.

38. Os debates mais acirrados e complexos deram-se no embate ocorrido perante alguns Estados da Federação que possuíam Tribunais de Alçada e Tribunais de Justiça para decidir a correta composição dos Tribunais de Justiça.

39. Diante dos diversos textos constitucionais republicanos, especialmente a partir da Constituição de 1934, quando a exigência do quinto constitucional na formação dos Tribunais foi elevada ao patamar de princípio constitucional, foram proferidos votos de vários Ministros desse eg. STF a seu respeito.

40. A matéria que deu origem aos debates decorria do questionamento sobre a forma de acesso aos Tribunais de Justiça pelos membros da advocacia e do Ministério Público. Teriam eles de ingressar nos Tribunais de Alçada e serem promovidos para os Tribunais de Justiça, observando-se a classe de origem, sem cogitar do ingresso direto de advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais de Justiça ? Ou teriam eles de ingressar, diretamente, tanto nos Tribunais de Alçada como nos Tribunais de Justiça, pouco importando que o egresso do quinto no Tribunal de Alçada viesse a ser promovido para o Tribunal de Justiça pela classe de magistrado ?

41. A resposta inicial desse Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, foi no sentido de que o "quinto" deveria ser observado tanto na composição do Tribunal de Alçada, como na composição do Tribunal de Justiça, porque o advogado ou membro do Ministério Público, após ingressar no Tribunal de Alçada, passaria a ser considerado magistrado sem qualquer distinção dos demais, passando a concorrer para acesso ao Tribunal de Justiça pela classe de magistrados. Isso se deu no julgamento das ADI's 27 e 29, pelo placar de 7 votos a 4 votos.

42. Ocorre que, no julgamento dos embargos infringentes na ADI n. 27, a Corte se dividiu ainda mais quanto ao acolhimento dos embargos, daí resultando o placar de 6 votos a 5 votos, pela manutenção da decisão impugnada.

43. Posteriormente, quando do julgamento da ADI n. 813, esse Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento da antiga minoria, agora por 7 votos contra 4 votos, declarando a constitucionalidade de normas da Constituição do Estado de São Paulo que dispunham no sentido de que o quinto constitucional era formado, de forma direta, mediante o ingresso no Tribunal de Alçada, preservando-se a presença dos membros do quinto constitucional no Tribunal de Justiça no momento da promoção.

44. Há um ponto comum nos votos que compuseram a corrente vencedora com os votos que compuseram a corrente vencida: **todos concordam que o princípio constitucional pertinente ao quinto visou a garantir que os Tribunais funcionassem com essa parcela de profissionais egressos da advocacia e do Ministério Público.**

45. Os votos que acolheram a tese vencedora na ADI n. 813 -- no sentido de que os advogados e membros do Ministério Público não perdiam a qualidade de "egressos" da classe de origem para fins de promoção dos Tribunais de Alçada para o Tribunal de Justiça -- afirmavam que o fato de o ex-advogado ou ex-membro do Ministério Público ter passado a ser magistrado, não seria capaz de apagar sua experiência profissional pretérita, motivo pelo qual preservaria a marca de egresso do quinto constitucional para ser promovido ao Tribunal de Justiça.

46. Já os votos que acolheram a tese vencida na ADI n. 813 (vencedora, porém, nas anteriores ADIs n. 27 e 29) -- no sentido de que os advogados e

membros do Ministério Público perdiam a qualidade de "egressos" da classe de origem para fins de promoção dos Tribunais de Alçada para o Tribunal de Justiça -- afirmavam que o fato de o ex-advogado ou ex-membro do Ministério Público ter passado a ser magistrado seria capaz de apagar sua experiência profissional pretérita, motivo pelo qual não seria possível preservar a marca de egresso do quinto constitucional para ser promovido ao Tribunal de Justiça.

47. **Em ambas as hipóteses, o ponto de comunhão era pertinente à necessidade de o membro do quinto possuir essa origem externa à magistratura de carreira, para que o Tribunal pudesse funcionar respeitando a regra do quinto constitucional.**

48. Em qualquer das hipóteses, repita-se, o que era importante era o fato de ter sido, por mais de 10 anos, advogado ou membro do Ministério Público, para que se pudesse considerá-lo como egresso do quinto, sem o que não poderia ser aceito como integrante deste.

49. Na ADI 27, por exemplo, o Min. Celso de Mello, depois de sustentar que inexistente diferença entre os magistrados egressos da carreira e do quinto constitucional nos Tribunais de Justiça, afirma que assim é porque a razão de ser do princípio constitucional seria o de valorizar a composição dos Tribunais com a experiência dos advogados e membros do Ministério Público (pgs.46 e 47):

"A ratio subjacente da norma do quinto constitucional foi sempre uma só: valorizar a composição dos Tribunais judiciários com a rica experiência profissional haurida no exercício das funções de representante do Ministério Público e no desempenho da atividade de Advogado. Essa participação representa, como bem o assinalou a douta Procuradoria-Geral da República, "a contribuição de experiências diversificadas". E deve ser reconhecida "como fator de equilíbrio nas decisões dos Tribunais".

50. É ainda o Min. Celso de Mello que conclui no sentido de que a marca do advogado ou membro do Ministério Público se perderia com o tempo, ao exercer a judicatura nos Tribunais de Alçada, razão pela qual não poderiam mais participar do procedimento de promoção para o Tribunal de Justiça como advogados ou membros do Ministério Público e sim como magistrados (pg. 48):

“Ex-advogados e ex-representantes do Ministério Público, após longos anos com assento nos Tribunais de Alçada, desvestidos de sua anterior condição funcional e profissional alheios à experiência que esta – num passado distante já lhes proporcionou –, transformados, agora, em magistrados e imbuídos, por isso mesmo, de uma outra visão da experiência jurídica, não poderiam atender aos fins objetivados na regra institutiva do quinto constitucional.”

51. **Para a composição dos Tribunais de Justiça a adoção desse raciocínio não traria qualquer problema visando à observância do quinto constitucional**, porque os magistrados egressos do quinto que estivessem integrando o Tribunal de Alçada somente seriam promovidos, para o Tribunal de Justiça, observado o critério de antiguidade e merecimento.

52. Seria difícil, quando não impossível, supor que nos Estados onde havia Tribunais de Alçada, um juiz que nele tivesse ingressado pelo quinto pudesse ser promovido para o Tribunal de Justiça em um período de tempo inferior a 10 anos, até porque a promoção para o Tribunal de Justiça por merecimento deveria observar o critério misto (antiguidade e merecimento) previsto no art. 93, II, “a”, que exige a presença do candidato na quinta parte da lista de antiguidade.

53. **No STJ, porém, isso não ocorrerá, uma vez que, constituindo o cargo de Ministro cargo isolado, o preenchimento da vaga dependerá exclusivamente da prévia indicação pelo TJ ou TRF ao STJ para que esse faça uma lista triplice e, diante do texto legal ora impugnado, não se faz qualquer exigência temporal mínima de exercício na judicatura perante o TJ ou TRF.**

54. Ainda no julgamento da ADI 27, o Min. Sepúlveda Pertence, após reconhecer a existência de uma contradição entre as normas do art. 93 e 94 da CF e afirmar que o constituinte teria cometido um erro, assinala que cumpriria a esse eg. STF dar a solução, devendo fazê-lo diante da finalidade do quinto constitucional (pg. 55):

“Mas conclui “se, na minha perspectiva, o texto efetivamente não permite solução unívoca, tenho que recorrer ao que recolho, ao que capto do sistema constitucional e particularmente da inspiração finalística do chamado “quinto”, que é a instituição questionada.”

55. Ao tratar, porém, sobre a essência da instituição do quinto, afirmou que o ex-advogado, com o tempo de judicatura, perderia aquela marca, não havendo mais como distingui-lo dos demais magistrados. Veja-se o voto (pg. 56):

"De outro lado, e este, para mim, é o ponto fundamental – põe-se a teleologia da instituição do "quinto". Decerto não a inspirou, na sua criação brasileira (creio que sem paralelo no Direito comparado), e na sua evolução, a preocupação de criar, ao lago da carreira da Magistratura por concurso, o que agora se defende – uma segunda carreira, a dos advogados e membros do Ministério Público, que a iniciaram quando nomeados para o Tribunal de Alçada e a encerrariam quando promovidos ao Tribunal de Justiça. O que se pretendeu, no interesse público – e essa justificação se tornou um lugar-comum de todas as discussões sobre o quinto – foi o que se tem chamado, metaforicamente, de oxigenação dos tribunais; foi levar aos tribunais, sejam eles quais forem, a perspectiva, a ótica da experiência jurídica e, particularmente, da experiência forense, de advogados e membros do Ministério Público, para que se conjuguem com o dos outros juízes, que a formaram pelo curso da longa travessia dos graus inferiores da Magistratura. Ora, essa diferença de ótica, que se quis conjugar na formação dos tribunais, se perde, à toda evidência, se entre o ingresso no Tribunal de Alçada e a suposta promoção ao Tribunal de Justiça corre um longo espaço de tempo, ao final do qual, a rigor e segundo a experiência comum, já não haverá como distinguir aquele juiz que, como advogado, passou a compor o Tribunal de Alçada do outro juiz que, antes de fazer concurso, advogara: ambos são ex-advogados, ambos se tornaram juízes pelo correr do tempo, não só pela desvinculação jurídica da categoria profissional liberal ou da categoria funcional do Ministério Público, mas também por sua experiência de vida. São juízes, e apenas juízes. Já não são advogados nem membros do Ministério Público."

56. De acordo com o Min. Sepúlveda Pertence o **ex-advogado ou o ex-membro do Ministério Público somente perderiam a experiência adquirida nessa profissão e ofício após longo espaço de tempo** ocorrido entre o ingresso no Tribunal de Alçada e a promoção para o Tribunal de Justiça.

57. Mas isso não está ocorrendo com relação à composição do STJ, conforme já demonstrou a AMB, pois **a lei não está exigindo qualquer período mínimo de exercício na judicatura** dos egressos do quinto perante os TJs e TRFs para que possam vir a ingressar no STJ.

58. Então, **o candidato do TJ ou do TRF para o STJ**, terá tido mais de 10 anos de atividade profissional como advogado ou de exercício da função de Ministério Público, mas **poderá ter menos de 1 ano de judicatura nesses Tribunais**.

59. É manifesta a falta de proporcionalidade ou de razoabilidade quanto à inexistência de óbice na legislação federal, que pode ser extraída inclusive dos votos dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, a *contrario sensu*, quando reconhecem que o ex-advogado ou o ex-membro do Ministério Público perderiam suas experiências profissionais somente em razão do longo período de judicatura que teriam tido no Tribunal de Alçada para ser promovido ao Tribunal de Justiça.

60. Daí a conclusão a que chegou o Min. Sepúlveda Pertence sobre a necessidade de ser valorizada, na interpretação das normas constitucionais sobre a composição dos Tribunais de Justiça, a “forma de organização da justiça” (pg. 58):

“De tal modo, Senhor Presidente, que, não me tendo convencido de que haja uma solução unívoca para a integrante referência à classe de origem do art. 93, III, mas, sim, de que há uma perplexidade textual não resolvida pela letra da Constituição, fico com as preocupações de interesse público da instituição do “quinto”, que dizem com a valorização constituinte do que se considerou a melhor forma de organização da Justiça.”

61. Se os fundamentos utilizados pela corrente vencedora nas ADI’s 27 e 29 e vencida na ADI n. 813 já podem ser utilizados em favor da tese que ora é sustentada pela AMB -- no sentido de que há necessidade de ser observada essencialmente a experiência profissional pretérita do indicado para ocupar o cargo de Ministro do STJ e não o fato objetivo de ser Desembargador ou Juiz de TJ ou TRF -- com maior razão pode a AMB lembrar os fundamentos utilizados pela corrente vencida nas ADIs 27 e 29 e vencedora na ADI n. 813.

62. Recorre a AMB, especialmente, ao voto proferido pelo Min. Paulo Brossard, pois S.Exa. demonstrou a evolução ocorrida no texto da Constituição brasileira, a partir da de 1934 (art. 104, § 6º), passando pela de 1946 (art. 124, V), pela EC 16/65 (nova redação ao inciso V, do art. 124), pela Constituição de 1967 (art. 136, inc. IV), pela EC n. 1/69 (art. 144, IV), EC n. 7/77 (nova redação ao inciso IV, do art. 144), chegando, finalmente, à CF de 1988 (art. 94).

63. Lembrou o Min. Paulo Brossard que na Constituição de 1934 não havia a exigência, para o quinto constitucional, do requisito de 10 anos de exercício na advocacia ou no Ministério Público, tendo tal exigência surgido na Constituição de 1946, em razão de fato certo ocorrido, **que demonstrou o equívoco da lacuna então existente:**

*"A Constituição de 1934 não falava em tempo de advocacia ou de Ministério Público, a Constituição de 46 exigiu, porém, que os escolhidos, de notórios merecimento e reputação ilibada, contassem com dez anos, pelo menos, de prática forense. Ocorreu, no entanto, um fato que veio a justificar a alteração desse preceito. **Embora fosse claro que a Constituição desejasse inserida nos Tribunais a experiência profissional de advogados e membros do Ministério Público, deu-se no Paraná a nomeação para Desembargador de bacharel funcionário na Secretaria do Tribunal de Justiça (Revista dos Tribunais 284-649 a 664, 31 a 33). Este fato, é notório, inspirou a Emenda número 16, de 1965, à Constituição de 46, tornando explícito o que era óbvio, ao aludir a "advogados que estivessem em efetivo exercício da profissão".***

64. Veja-se a pertinência dessa afirmação do Min. Paulo Brossard para o caso sob exame. Na Constituição de 1934 não havia qualquer exigência mínima quanto ao tempo de exercício da advocacia, conquanto fosse claro e óbvio que a Constituição desejasse que fosse inserida nos Tribunais a experiência profissional de advogados e membros o Ministério Público. Por isso, foi incluída na Constituição de 1946 a exigência quanto ao tempo mínimo de 10 anos de "prática forense". No entanto, diante da nomeação, para o cargo de Desembargador do TJPR, de um funcionário da Secretaria do Tribunal, entenderam os legisladores introduzir, por meio da Emenda n. 16/65, à Constituição de 1946, a exigência quanto a "advogados que estivessem em efetivo exercício da profissão".

65. Passou a ser exigido, assim, a partir da EC n 16/65 à Constituição de 1946, que os advogados estivessem em efetivo exercício da profissão por pelo menos 10 anos, fato esse que, por óbvio, impediria a nomeação de um magistrado aposentado que, passando a ser advogado, tivesse menos de 10 anos de exercício da profissão de advogado.

66. Volta a AMB a lembrar que, ao assim fazer, fechou-se a porta, naquele momento, para a única possibilidade que até então existia de permitir-se o ingresso de

alguém que não tivesse clara experiência na sua profissão para a composição dos Tribunais, pois o problema somente ocorria quanto a formação do quinto constitucional e não com relação aos restantes 4/5 da formação dos Tribunais.

67. Foi ainda o Min. Paulo Brossard que afirmou a necessidade de ser observada a “proporção”, prevista na Constituição, entre magistrados e carreira e do quinto constitucional, como questão de Estado e não apenas de corporação, dada à finalidade do quinto constitucional (pgs. 75/76):

*“Qual a finalidade da norma constitucional em exame ? Qual a sua razão de ser ? Qual o objetivo que teve em mira ? Por motivos de natureza política, quer dizer, de utilidade e conveniência, a lei constitucional quis que os tribunais não fossem compostos exclusivamente de magistrados de carreira, os quais modelaram o seu espírito através dos autos; quis que nos tribunais, como que para temperar o profissionalismo da carreira, que os tempos podem fazer predominantemente conservador, estivessem presentes juristas com experiências distinta, hauridas antes na vida do que nos autos. Quis que assim fosse. Entendeu conveniente e útil. **Mas estabeleceu a medida dessa participação estranha a carreira. Prescreveu que 1/5 dos tribunais fosse compostos de egressos do Ministério Público e da advocacia. 1/5. Não mais. Nada menos. Porque 4/5 a lei constitucional reservou àqueles que se afadigaram na distribuição da justiça, e desde a mocidade se prepararam para a árdua tarefa de julgar. Quis que 1/5 fosse preenchido por juizes estranhos à carreira e que 4/5 fossem preenchidos por juizes de carreira.***

*Àqueles que, ingressando na carreira da magistratura, através de concurso de títulos e de provas, profissionalmente se dedicaram à difícil tarefa de julgar, a lei promete um lugar no Tribunal de Justiça, na proporção de 4/5 da totalidade de seus membros. Promete ao novição e assegura ao juiz amadurecido. **De modo que se nos 4/5 reservados à magistratura de carreira se insinuarem juizes vindos do Alçada e que não fizeram a carreira, porque egressos do Ministério Público e da advocacia, o preceito estará tratado: os 4/5 serão menos de 4/5 e 1/5 será mais de 1/5.***

A norma constitucional assegura aos juizes de carreira o direito de acesso ao Tribunal de Justiça na medida indicada. “São direitos públicos subjetivos que não se lhe podem tirar, nem diminuir”, Pontes de Miranda, Comentários à Constituição com a Emenda n. 1, 1970, vol. IV, p. 317.”

68. O Min. Moreira Alves redarguiu a alegação do Min. Paulo Brossard com o exemplo do STJ, sem aprofundar o debate sobre a sua composição, nos seguintes termos (pg. 78):

"Veja V.Exa que o Superior Tribunal de Justiça tem advogado e magistrado. Ora, um advogado que tenha entrado como desembargador do Tribunal, virá como advogado ou como magistrado? Vem como magistrado. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de 1/3 entre juízes, 1/3 entre desembargadores e 1/3 entre advogados. V.Exa., é um desembargador de São Paulo nomeado. O problema significa que o cidadão ao entrar na magistratura, seja no início ou no meio da carreira, ele é magistrado; vem como magistrado, não pode vir como advogado. O problema significa que o cidadão, ao entrar na magistratura, seja no início ou no meio da carreira, ele é magistrado; vem como magistrado, não pode vir como advogado."

69. Igualmente, sem fazer qualquer exame mais detalhado sobre a composição do STJ, até porque ela não estava em debate, o próprio Min. Paulo Brossard afastou a aplicação do seu entendimento quanto à composição do STJ, sob a alegação de que ele teria uma composição distinta, cujos princípios inspiradores não deveriam ser observados nos TJs (pg. 78):

"Ministro, o caso em exame diz respeito ao acesso aos Tribunais de Justiça dos Estados e não ao Superior Tribunal de Justiça, que obedece a outros princípios. (...)".

70. Ocorre que nenhum dos dois Ministros levou em consideração, que quanto aos advogados e membros do Ministério Público havia a exigência do tempo mínimo de 10 anos de atividade ou exercício da função, enquanto que, para os magistrados indicados pelos TJs ou TRFs, não se fazia qualquer exigência temporal, de sorte a permitir que o recém-ingresso nesses tribunais, pelo quinto constitucional, pudesse em seguida ingressar no STJ.

71. Ao voltar a tratar da questão do quinto constitucional, para refutar a alegação do Min. Moreira Alves de que bastaria a condição objetiva do candidato estar como magistrado para poder ser promovido ao Tribunal de Justiça na classe de magistrado -- pouco importando que tivesse vindo do quinto constitucional para formar o Tribunal de Alçada --, lembrou o Min. Paulo Brossard que, na formação dos TJs, o essencial seria observar a origem e as experiências do profissional para que pudesse ser considerado do quinto, ainda que posteriormente tivesse pertencido ao Tribunal de Alçada, a não ser que se estabelecesse na lei um período de tempo no qual, permanecendo o advogado ou membro do Ministério Público como magistrado do Tribunal de Alçada, pudesse ser considerada a perda da classe de origem:

"Tem-se dito que o advogado feito juiz passa a ser juiz, o que é verdade, esquece que foi advogado, o que não é verdade.

Se a alegação fosse verdadeira, o quinto seria uma inutilidade, ou, então, dever-se-ia estabelecer que um juiz, procedente da classe dos advogados ou do Ministério Público, deveria passar quanto tempo no tribunal ? Dois anos ? Ainda conserva vestígio durante dois anos ? Três anos ? Cinco anos no máximo ?"

(...)

"Ora, o quinto não foi criado como homenagem à ordem dos Advogados, não foi instituído como homenagem à Ordem dos Advogados, não foi instituído como obséquio ao Ministério Público, mas para melhorar a qualidade dos tribunais, por entender o constituinte que a presença de pessoas estranhas à magistratura de carreira é útil e benéfica a eles."

72. É o mesmo Min. Paulo Brossard que assinala o fato de que o advogado que vem a ser investido na judicatura não consegue se despir dessa qualidade, raciocínio que se aplica ao caso para demonstrar que aquele que exerceu mais de 10 anos de advocacia ou de cargo no Ministério Público e ingressou em TJ ou TRF, não poderia, 1, 2, 3 ou 4 anos depois, vir a ingressar no STJ na qualidade de magistrado (pg. 80):

"Dizer-se que um antigo advogado feito juiz, ao vestir a toga se desvestiu de sua experiência advocatícia, é uma afirmação improvada e que demandaria ser demonstrada para poder ser aceita. Em verdade, ninguém que tenha sido efetivamente advogado deixará de carregar consigo o que viu e sentiu no exercício da profissão. A propósito, lembro Eduardo J. Coutere, o admirável autor de "Los Mandamientos del Abogado",

"Só quem tenha sido advogado pode compreender o que significa essa profissão como conhecimento profundo da vida, como constante penetração nos recondos mais escondidos da alma humana, como manejo dos homens mediante a influência persuasiva da razão e convencimento"

73. Foi além, ainda o Min. Paulo Brossard, para afirmar que se o ex-advogado ou ex-membro do Ministério Público viessem a perder, com o exercício da judicatura, as experiências de suas antecedentes vidas profissionais, não haveria mais razão para mantê-los nos cargos, já que o que visou a Constituição não foi apenas o mero ingresso de advogados e de membros do Ministério Público nos Tribunais -- em obséquio a essas classes --, mas que eles ostentassem em suas composições

membros que contribuíssem com as experiências e qualidades obtidas na precedente carreira (pg. 80):

"Insisto: Se a assertiva fosse verdadeira, o quinto seria inútil, pois dois ou três anos após a investidura os juízes "classistas" seriam em tudo e por tudo iguais aos de carreira, ou o juiz do quinto deveria ser afastado da magistratura ao cabo de dois ou três anos, quando se tivessem apagado os traços que justificaram sua escolha para o Tribunal Ninguém, jamais, sustentou isto."

74. Reportando-se a voto proferido pelo Min. Rodrigues Alckmin nas Representações n. 879 e n. 881, assinalou o Min. Paulo Brossard sobre a necessidade de o intérprete da Constituição ficar atento para não permitir o enfraquecimento da norma constitucional que garante a composição proporcional de advogados, membros do Ministério Público e magistrados de carreira -- fato esse que tem ocorrido na composição do Superior Tribunal de Justiça --, como se pode ver do seguinte trecho:

"Reprovável seria situar os membros do "quinto" na posição de magistrados de carreira, sem que tivessem prestado concurso público de provas e títulos, sem que houvessem atingido o Tribunal de Alçada mediante promoção de entrância a entrância, segundo os mandamentos contidos no art 144, inc. I, II e III, da Constituição Federal, como pretendem os autores da representação. Isso sem falar na quebra da proporção de 1/5, em detrimento dos 4/5 reservados aos magistrados de carreira (inciso IV, do art. 144). Ao intérprete cabe ficar atento para que não se enfraqueça a finalidade da norma constitucional, de conjugar, dentro de certa proporção, a vivência de magistrados de carreira e de advogados e membros do Ministério Público. Impõe-se preservar a ordem das partes constitutivas do todo, em resguardo de uma intangibilidade de natureza constitucional, voltada inclusive, para as justas aspirações e expectativas dos magistrados de carreira."

75. Finalmente, concluiu o Min. Paulo Brossard que inexistiria interesse corporativo para se chegar a qualquer solução no caso, mas sim do interesse do Estado, na rigorosa observância da representação do quinto (pg. 185):

"O conteúdo do preceito não se esgota porém no abrir expectativas e no conferir direitos judicialmente exigíveis; não protege apenas interesses de ordem pessoal e funcional ainda que altamente respeitáveis e juridicamente protegíveis; seu alcance é maior."

O preceito cuida da estruturação de um Poder do Estado e ao fazê-lo entendeu que não são socialmente vãos vinte e trinta anos de judicatura; que uma experiência cumulada aluvionalmente, no trato com as partes, com os advogados, com promotores, com autoridades, com os variados serviços administrativos sujeitos à direção do juiz, com o respectivo pessoal, com o próprio Tribunal, não pode ser desaproveitada; e a lei quis e quer que 4/5 dos Tribunais sejam ocupados por magistrados de carreira, por juizes profissionais, que percorreram todos os degraus da carreira, e por isso mesmo conhecem a mecânica do Poder Judiciário em suas ramificações capilares. (...)

Pelas palavras, segundo as palavras, através das palavras, além das palavras, isoladamente vistas, tinha de ser fiel ao fim da norma legal, que a tudo sobreleva, segundo a lição corrente. E levaram em conta a sentença de HOLMES, segundo a qual o significado das provisões constitucionais é vital e não meramente formal, e seu significado não se apreende examinando palavras com o auxílio de um dicionário, mas considerando a sua origem e a linha do seu desenvolvimento, (...).

Alegar-se-á que, nomeado para o Tribunal de Alçada o advogado ou membro do Ministério Público deixa de ser advogado ou membro do Ministério Público, passando a ser juiz. E como tal não poderia ter ingresso no Tribunal de Justiça representando uma classe a qual deixara de pertencer.

Os advogados ou membros do Ministério Público, em verdade, 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, juizes classistas, que vão integrar Tribunais, para neles representarem os interesses de suas classes. Com efeito, embora denominados classistas, é manifesto que eles não representam os interesses de suas classes. Obviamente a norma constitucional não objetiva a representação de interesses mas a combinação de experiências."

76. Não se mostra possível, assim, a desconsideração dessas lições sobre a necessidade de se verificar as experiências antecedentes ao ingresso na magistratura para se qualificar o magistrado integrante do Tribunal de Alçada que ingressará no Tribunal de Justiça.

77. Se esse entendimento prevaleceu no âmbito desse eg. STF, na ocasião do debate sobre a composição dos Tribunais de Justiça nos Estados onde havia Tribunais de Alçada, deverá, igualmente, prevalecer no caso sob exame, **para o fim de considerar desarrazoada e desproporcional a regra legal que não impõe qualquer exigência de tempo de judicatura nos TJs e TRFs para os egressos do quinto que virem a ser indicados para compor o STJ.**

78. É que não há como afastar do magistrado integrante dos TJs e TRFs, egressos do quinto constitucional, que pretendem ingressar no STJ, o fato de que sua passagem pelo TJ ou TRF, sem um mínimo de 10 anos -- como parâmetro da exigência temporal feita aos advogados para ingressar em qualquer Tribunal, inclusive no STJ --, não seria suficiente para apagar a experiência como advogado ou membro do Ministério Público ocorrida antes de ingressar no TJ ou no TRF. Veja-se a lição do Min. Paulo Brossard (ADI n. 813, pg. 43):

“Se a Constituição quer, como efetivamente quer, que 1/5 dos componentes do Tribunal seja escolhido dentre juristas com experiência efetiva na advocacia, e não apenas bacharéis, e com experiência real como fiscais da lei, a passagem pelo Alçada não apaga essa experiência, não desfaz o tirocínio duramente grangeado pelo profissional da advocacia ou pelo agente do Ministério Público. Outrossim, se a Constituição quer, como efetivamente quer, que 4/5 do órgão seja recrutado dentre juristas que na arte de julgar se fizeram profissionais e nela acumularam a sua experiência, a passagem pelo Tribunal de Alçada, da mesma forma que não teria a virtude de apagar a antiga experiência profissional, não teria a virtude de conferir a longa experiência judicial, que não é apenas o aprimoramento na arte de julgar mas também a familiaridade com as complexas e relevantes atribuições de natureza administrativa, da administração cartorária, da disciplina dos serventuários, e quantas coisa mais, que o juiz tem de superintender como juiz da comarca e diretor do foro, experiência que se não adquire em segunda instância mas que em segunda instância se requer em grau sumo, dadas as atribuições que tem o Tribunal de Justiça sobre todo o aparelho judiciários do Estado.

79. Já está ocorrendo no STJ o fato assinalado pelo Min. Paulo Brossard que, à época, ocorria no TJMG: a alteração material da proporção de egressos do quinto constitucional naquele Tribunal Estadual, ainda que subsistisse a proporção formal em sua composição:

“Tenho informação idônea, segundo a qual em Minas Gerais, depois que mudado o critério, por força da Lei Orgânica da Magistratura, o 1/5 deixou de ser 1/5 para chegar a ser 1/3, e os 4/5 deixaram de ser 4/5, passando a ser 2/3.

Pergunto se uma interpretação que enseja esse resultado deve preterir aquela que conserva sempre a regra do 1/5 e dos 4/5 ?

80. Como se pode ver, não é de hoje que essa eg. Corte tem assinalado que a *ratio* do princípio do quinto constitucional é a participação de pessoas que carreguem consigo a experiência profissional da advocacia ou do Ministério Público,

dai decorrendo igualmente a necessidade de ser observada a participação dos 4/5 dos Tribunais por juízes de carreira.

81. Isso, porém, não ocorrerá -- e não está ocorrendo -- ao se admitir que membros dos TJs e TRFs egressos do quinto constitucional possam ingressar no STJ sem a longa experiência na magistratura, que poderia ser demonstrada mediante a exigência de um período, no mínimo, igual ao que se exige do advogado ou membro do Ministério Público.

82. Então, somente a interpretação do inc. I, do art. 104, da CF, no sentido de restringir o ingresso no STJ aos membros dos TJs e TRFs que sejam juízes de carreira é que permitirá a correta observância da composição do referido tribunal.

V – OBSERVA-SE NOS TRIBUNAIS A CLASSE DE ORIGEM DO SEU INTEGRANTE (A) TANTO NO MOMENTO DO INGRESSO, (B) COMO DURANTE SUA PERMANÊNCIA, PARA A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL, (C) COMO AINDA NO MOMENTO DA SUA SAÍDA

83. Constitui afirmação corriqueira, no debate sobre a composição do quinto constitucional nos Tribunais, que aquele que ingressa no Tribunal pelo quinto passa a ser magistrado de forma integral, não podendo mais ser considerado um magistrado diferente dos demais, um magistrado-advogado ou um magistrado-membro do Ministério Público.

84. Tal afirmação é correta tendo em vista os direitos, garantias e deveres dos magistrados, pois não pode haver qualquer diferença no exercício da função para com os demais magistrados (de carreira).

85. Todavia, essa afirmação não pode ser levada às últimas conseqüências -- principalmente para efeitos do critério de acesso ao STJ --, de sorte a apagar o fato de que tal magistrado ingressou no TJ ou TRF pelo quinto constitucional, até porque, quando deixar o TJ ou TRF (aposentadoria, morte ou exoneração), abrirá vaga para outro advogado ou membro do Ministério Público, o que constitui prova incontroversa de que o membro do quinto constitucional leva consigo, para o exercício da judicatura, a marca ou a chancela da classe de origem.

86. Nesse sentido, lembrou o Min. Paulo Brossard, nas ADIs n. 27 e 29, o voto proferido pelo Min. Djaci Falcão, na Representação n. 881, no ponto em que S.Exa. sustentava que tanto os magistrados egressos do quinto preservam essa qualidade que, no momento em que deixavam o tribunal, determinava a regra constitucional que o seu sucessor deveria ser escolhido na classe de origem:

"Ora, tanto o advogado como o membro do Ministério Público que complementam o quadro de um Tribunal são juizes. Mas, guardam a origem quanto à sua posição funcional continuam "estranhos" para usar a expressão de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição da República, 1934, volume II p. 18, e Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969 tomo IV p. 20). Em razão disso somente por outro jurista da mesma categoria é que podem ser substituídos, sob pena de violação da imperativa exigência do quinto."

87. O Min. Paulo Brossard lembrou também a lição de Mário Guimarães, quando assinala que a vaga a ser preenchida será sempre a da classe do juiz que se retira da Corte (*O Juiz e a Função Jurisdicional*, 1958, n. 54, pg. 100/101):

"Ainda o tribunal esclareceu que são todos igualmente desembargadores para os efeitos das atribuições, das garantias constitucionais, das honrarias e dos ônus. Dada, porém, uma vaga, seja qual for a causa, será sempre preciso, para o seu preenchimento, examinar a situação de quem ocupava o cargo, a fim de que a estrutura do Tribunal permaneça uniforme: quatro quintos de juizes de carreira e um do Ministério Público ou dos advogados."

88. No caso do STJ, se o membro do TJ ou do TRF que vem a ser nomeado Ministro for egresso no quinto, ter-se-á a seguinte situação, nada ortodoxa: o TJ ou o TRF buscará na classe dos advogados ou dos membros do Ministério Público o seu sucessor, mas o sucedido ingressará no STJ na classe de magistrado. Não parece lógico ou razoável, d.v..

89. Ora, se houvesse a total desvinculação com a classe de origem -- como sustentam alguns intérpretes --, não poderiam o TJ ou o TRF buscar o sucessor do magistrado (daquele que ingressou no STJ na **classe de magistrado**) na classe de origem que ingressara no TRF ou no TJ (**classe de advogado ou do MP**). Por mais que passe a ser magistrado com todos os direitos e deveres, o egresso do

quinto não pode ter a sua marca de origem enterrada ou sepultada, principalmente para o fim de critério de acesso para o STJ, porque ele a leva inclusive para o momento final de sua retirada do Poder Judiciário, já que somente poderá ser sucedido por outrem da mesma classe de origem.

90. Aliás, não é apenas ao ingressar ou ao sair do Tribunal que se evidencia o fato de o magistrado pertencer ao quinto constitucional. Também durante o exercício de suas funções, dá-se a necessidade de observar essa qualidade, especialmente no momento da formação do Órgão Especial, nos tribunais que o possuem.

91. Com efeito, dispõe a LOMAN, no seu artigo 99, que deverá ser observado, na composição dos Órgãos Especiais, a representação dos advogados e dos membros do Ministério Público:

*“Art. 99 - **Compõem o órgão especial** a que se refere o parágrafo único do art. 16 o Presidente, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e o Corregedor da Justiça, que exercerão nele iguais funções, os Desembargadores de maior antigüidade no cargo, **respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público**, e inadmitida a recusa do encargo.”*

92. Nesse sentido, inclusive, assinalou o Min. Gallotti no julgamento das ADIs n. 27 e 29, ao declarar que, apesar de todos concordarem que os integrantes do quinto passam a ser magistrados, desvinculando-se das classes de origem, não se pode atribuir um caráter absoluto a essa afirmação, porque sempre permaneceriam “marcados” pelo fato de terem ingressado por determinada classe, citando exemplos da própria LOMAN (pg. 127/128):

“Foi dito, mais de uma vez – e penso que, nesse ponto, estamos todos de acordo – que eles passaram a ser Magistrados quando ingressaram no Tribunal de Alçada, desvinculando-se da advocacia e do Ministério Público. Mas, se atribuirmos caráter absoluto a essa afirmação, o mais que será necessário conceder é que o Poder Constituinte terá estabelecido uma ficção segundo a qual, para a finalidade específica do acesso, esses juizes continuam concorrendo às vagas de advogados ou membros do Ministério Público.

*Devo, aliás, salientar Sr. Presidente, que essa distinção não é tão artificiosa como podena parecer. Ainda hoje, **na vigente Lei Orgânica da Magistratura, está escrito, no***

art. 99 que, para a composição do órgão especial dos Tribunais, é respeitada a representação de advogados e membros do Ministério Público. Verifica-se, então, que um Desembargador, admitido ao Tribunal pelo quinto, e depois de atingir uma antiguidade importante suficiente para levá-lo ao órgão especial, segue ainda assim, marcado por aquilo que alguns ironicamente, chamaram de “pecado original” mas que melhor poderia ser qualificado de “virtude original”, que certamente o é, ter sido advogado ou membro do Ministério Público.

(...)

Procurer salientar que a noção de que, no mesmo momento em que assume uma vaga no Tribunal de Alçada, o advogado deixa de sê-lo e passa a ser Juiz, é um conceito óbvio, mas está a admitir algum temperamento. A Constituição consagrou que, para efeito de promoção a Tribunal de Justiça, observa-se a classe de origem.

Não se trata, então, de lei ordinária que pudesse estar estabelecendo uma ficção, em prejuízo da Constituição. Trata-se desta própria, que podia estabelecer uma ficção, com o intuito de preservar, como lhe pareceu melhor, e soberanamente, o equilíbrio na composição dos Tribunais de Justiça, entre juízes de carreira e juízes do quinto. Pretendi demonstrar, subsidiariamente, argumentando com a Lei Orgânica da Magistratura que a idéia de que o advogado que assume o lugar no Tribunal, se torna Juiz não impede que seja considerada a condição de advogado, apenas para o efeito de prosseguimento da carreira, como o é para os fins de composição de órgão especial e de remoção entre Tribunais de Alçada (pg. 129).”

93. Como se pode ver, resta demonstrado que o sistema normativo constitucional e legal vigente exige que se considere a classe de origem do magistrado, quer no momento do ingresso no Tribunal, quer durante sua permanência no Tribunal (para efeito de composição do Órgão Especial), quer no momento de sua retirada do Tribunal.

VI - SE, PARA A COMPOSIÇÃO INICIAL DO STJ, O § 3º. DO ART. 27 DO ADCT DETERMINOU QUE FOSSE OBSERVADA A CLASSE DE ORIGEM DOS SEUS INTEGRANTES E SE, PARA A “RECOMPOSIÇÃO” DO STJ, HÁ NECESSIDADE DE OBSERVAR A CLASSE DE ORIGEM DAQUELE QUE SAIU, NÃO É POSSÍVEL ADMITIR O INGRESSO, PELA CLASSE DE MAGISTRADOS, DOS MEMBROS DOS TJs E DOS TRFs QUE SEJAM EGRESSOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL

94. Mas não é só. O exame das regras que tratam da composição inicial do STJ ou de sua recomposição gradual -- previstas no Ato das Disposições

Transitórias da Constituição -- revela a existência de determinação para que seja observada a classe de origem do futuro Ministro ou do Ministro recém-saído da Corte.

95. Com efeito, para a composição inicial do STJ, estabeleceu o legislador constituinte, no § 3º, do art. 27 do ADCT, que deveria ser observada a classe de origem dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos, como se pode ver do texto:

"Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

(...)

§ 2º. A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á:

I – pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

II – pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição.

*§ 3º. Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos **serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação;**"*

96. Dir-se-á, como já disse o Min. Sepúlveda Pertence, que tal regra seria necessária apenas para o início da formação do Tribunal, não sendo necessária para as nomeações seguintes (ADI 27, Rel. Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, p. 57):

"Há um dado expressivo no texto constitucional. No art. 27 do At das Disposições Transitórias, ao regular-se a formação do Superior Tribunal de Justiça, teve-se de dizer que os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos – todos eles juizes e nada mais do que juizes – seriam "considerados pertencentes à classe de que provieram quando de sua nomeação", para o efeito de demarcar a composição inicial da Corte e se permitir a sua complementação e a sua futura rotação. "Serão considerados", diz corretamente o art. 27. Cuida-se, porém, de norma transitória, em que essa ficção, mais do que razoável, seria óbvia para compor a solução transitória do problema, dado que se optou por formar basicamente o Superior Tribunal de Justiça pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos."

97. Com a ressalva do devido respeito, da premissa estabelecida ("seriam "considerados pertencentes à classe de que provieram quando de sua nomeação", para o efeito de demarcar a composição inicial da Corte e se permitir a sua complementação e a sua futura rotação") jamais se poderia chegar à conclusão que se chegou, de que se tratava de regra transitória destinada apenas para permitir a

formação inicial do STJ mediante o aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

98. Trata-se de raciocínio equivocado, d.v., pois se o legislador constituinte determinou, para a composição inicial do STJ, que fossem observadas as classes de origem existentes no Tribunal Federal de Recursos daqueles que comporiam a Corte na sua formação primeira, somente a permanência dessa determinação para as nomeações futuras -- que o Min. Sepúlveda Pertence denominou "futura rotação" -- é que permitirá ao STJ permanecer com sua composição equilibrada.

99. A admissão da tese de que, para a composição do STJ, somente seria necessária a observância da classe de origem para sua formação inicial implicará a subversão do critério constitucional, pois membros dos TJs e TRFs recém-ingressos pelo quinto constitucional poderão ingressar no STJ como se fossem egressos da classe de magistrados.

100. A determinação de observância da classe de origem prevista no ADCT não pode ser tida como um "padrão" diverso daquele previsto no texto permanente da Constituição.

101. Efetivamente, já decidiu esse eg. STF, diante da impugnação ao critério de formação dos Tribunais Regionais Federais, que a regra do ADCT somente não seria aplicável ao padrão permanente quando ela tivesse disposto de forma contrária e oposta a ele. Senão vejamos (STF, Pleno, ADI 25/DF, Rel. Min. Célio Borja, DJ. 08.06.90):

*"EMENTA: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPOSIÇÃO INICIAL DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. PRIMEIRO PROVIMENTO. QUINTO CONSTITUCIONAL. EXEGESE DO ART. 27, § 7º, DO ADCT C/1988. CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VII DO ATO REGIMENTAL Nº 1/1989. DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. - O disposto no § 7º, art. 27, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias excepcionou o padrão fixado na parte permanente da Constituição, autorizando o então Tribunal Federal de Recursos a indicar, mediante lista triplíce, os candidatos a todos os cargos da composição inicial dos Tribunais Regionais Federais, inclusive os que deveriam ser ocupados por advogados e membros do Ministério Público. **Indicação dos órgãos representativos daquelas classes, em listas sextuplas, as quais seriam reduzidas a listas triplíces pelo TFR.***

Tese que não se ajusta ao comando abrangente da regra transitória. Ação julgada improcedente.”

102. Para esse Supremo Tribunal Federal, a forma de composição dos Tribunais Federais de Recursos, tal como prevista no § 7º, do art. 27, do ADCT, implicava padrão diverso do padrão permanente do texto Constitucional, não sendo possível ajustar o padrão permanente ao comando da regra transitória.

103. Já para o Superior Tribunal de Justiça, d.v., a forma de sua composição inicial contida no § 3º, do art. 27, do ADCT, não implica padrão diverso do previsto no texto permanente da Constituição (art. 104, incisos I e II), podendo-se afirmar que são padrões complementares, já que após ser observada a regra transitória (no ponto em que exigiu a observância da classe de origem), não haveria razão para deixar de observá-la para aquilo que o Min. Sepúlveda Pertence denominou “rotação futura”.

104. **No caso, a disposição transitória explica e justifica a inexistência da expressão “de carreira” no inciso I, do art. 104, da CF, complementando-o.**

105. Por mais essas razões, não há como aceitar a validade do dispositivo legal que, procurando disciplinar a regra do inciso I, do art. 104, da CF, não observou a restrição que deveria haver, para limitar a possibilidade de acesso ao STJ, pela classe de magistrados, aos magistrados de carreira.

VII – O DEBATE HAVIDO NO MS N. 23.445 NÃO ALCANÇOU AS MATÉRIAS DEDUZIDAS NESTA AÇÃO. A COMPOSIÇÃO TRIPARTITE HÁ DE SER RESPEITADA INTEGRALMENTE: NEM EGRESSOS DO QUINTO DEVEM SER INDICADOS PELOS TRFs E TJs NEM EX-MAGISTRADOS DEVEM SER INDICADOS COMO ADVOGADOS OU COMO MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

106. Conforme assinalou anteriormente, não desconhece a AMB que esse eg. STF já apreciou mandado de segurança no qual a AJUFE impugnou nomeação para vaga de Juiz do TRF no STJ de magistrado que era egresso do quinto constitucional. Refere-se a AMB ao MS n. 23.445-8 que restou assim ementado (STF, Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira, DJ. 17.03.00):

*"EMENTA: - Mandado de segurança. 2. Ato do Presidente da República. Mensagem 664, de 21 de maio de 1999, que submeteu ao Senado Federal nome de Juiz de TRF para o provimento de cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em vaga destinada a juiz de Tribunal Regional Federal (Constituição, art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte). 3. Alegação de que o juiz indicado não é originário da carreira da magistratura federal, violando-se assim, o princípio instituído pelo art. 93, III, da CF. 4. Liminar indeferida. Agravo regimental contra despacho indeferitório da liminar não conhecido, por intempestivo e incabível. 5. Não é o Superior Tribunal de Justiça corte de segundo grau, em termos a invocar-se a aplicação do art. 93, III, da Lei Magna. 6. A regra expressa da Constituição dispõe sobre a composição e forma de preenchimento dos cargos de Ministro no Superior Tribunal de Justiça, a teor de seu art. 104, parágrafo único, incisos I e II. 7. A carreira dos Juizes Federais tem seu segundo grau nos Tribunais Regionais Federais. 8. **Para o provimento dos cargos a que se refere o art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, não cabe distinguir entre juiz de TRF, originário da carreira da magistratura federal, ou proveniente do Ministério Público Federal ou da advocacia (CF, art. 107, I e II).** 9. Hipótese em que o juiz do TRF indicado proveio da advocacia (CF, art. 107, I), estando, desse modo, enquadrado no âmbito do art. 104, parágrafo único, inciso I, 1ª parte, da Constituição. 10. Objeção à investidura como Ministro do Superior Tribunal de Justiça improcedente. 11. Incabível, também, a aplicação por analogia, à espécie, dos arts. 93, III, e 111, § 1º, I, da Constituição. 12. Mandado de segurança indeferido."*

107. O exame desse acórdão revela, porém, a inexistência de debates, tendo havido a concordância de todos os Ministros então integrantes dessa Corte com o voto proferido pelo relator, ressalvando-se, apenas, o voto do Ministro Marco Aurélio, que teceu outras considerações e outros fundamentos para concluir no mesmo sentido.

108. Registra a AMB que dos Ministros que participaram desse julgamento restam nessa Corte apenas os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio.

109. Não é esse fato, porém, meramente histórico, que move a AMB a propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, visando a promover a obtenção de um novo julgamento sobre o tema, conquanto já fosse válido, dada à concreta possibilidade de uma nova composição da Corte vir a adotar interpretação diversa da que foi adotada naquela oportunidade.

110. É que, no entender da AMB, a tese apresentada pela AJUFE naquele mandado de segurança não permitiu que essa eg. Corte examinasse a questão de forma absolutamente ampla e tendo em vista exclusivamente a questão de direito em tese, sem se pretender a um caso concreto, como se permite em sede de ação direta de inconstitucionalidade, em que a *causa petendi* é aberta.

111. Basta ver que o fundamento capital apresentado naquela ação foi o de que o Juiz do TRF, então indicado, haveria de ser qualificado como jurista, daí decorrendo a violação ao art. 93, III, da CF, que deveria ser observado em todos os tribunais, inclusive no STJ (o princípio do quinto constitucional). Dessa violação também a AMB entende que os dispositivos legais impugnados não padecem.

112. Para negar a segurança esse eg. STF, além de se referir obviamente ao texto do inciso I, do art. 104, da CF, tratou de refutar a equivocada alegação da AJUFE de pretender equiparar o STJ a tribunal de segundo grau, até porque o STJ não constitui "*Corte de Cúpula da carreira dos juizes federais e dos magistrados estaduais*".

113. Ocorre que, pretendendo invocar fundamentos contidos nas ADIs que trataram da questão do acesso aos Tribunais de Alçadas (n. 27 e 29), acabou esse eg. STF fazendo um exame equivocado, d.v., dos mencionados precedentes, principalmente ao desconsiderar o fato de que na ADI n. 813 -- na qual esse STF afirmou que os membros dos Tribunais de Alçada deveriam guardar a classe de origem para promoção aos Tribunais de Justiça -- deu-se profunda alteração do entendimento que havia prevalecido nas Representações ns. 879 e 881 e ADIs 27 e 29.

114. Por último, descartou essa eg. Corte, no julgamento do mandado de segurança anteriormente mencionado, a aplicação por analogia da regra do art. 111, § 1º, I, da CF, pertinente à composição do TST, no ponto em que faz expressa referência aos "*juizes de carreira*" além dos advogados e membros do Ministério Público.

VIII – PARA A FORMAÇÃO DO “TST”, FOI NECESSÁRIA A INSERÇÃO DA EXPRESSÃO “JUIZES DE CARREIRA”, SOB PENA DE O “TST” VIR A SER FORMADO EXCLUSIVAMENTE POR JUÍZES EGRESSOS DO QUINTO E DAS CLASSES ENTÃO REPRESENTADAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

115. Especialmente quanto a esse último fundamento, entende a AMB que não era mesmo a hipótese de aplicação por analogia dessa regra, prevista para a composição do TST, mas apenas da consideração do seu texto -- previsto diante da formação mista então existente no âmbito da Justiça do Trabalho, com juízes classistas, togados de carreira e togados da classe de advogados e membros do Ministério Público -- para fins de correta interpretação do texto do art. 104.

116. É que, para a composição do STJ, não haveria a necessidade de fazer a explicitação que se fazia necessária para o TST.

117. Aliás, o Min. Marco Aurélio esclareceu nesse julgamento as razões que motivaram a explicitação da observância, quanto à carreira de origem, para composição do TST, ainda que tivesse concluído, ao final, por indeferir a segurança sob o fundamento de que teria havido tratamento distinto entre o TST e o STJ:

“A composição do Superior Tribunal de Justiça é das mais mescladas. De forma geral exige-se que os integrantes possuam mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, notável saber jurídico e reputação ilibada. As vagas estão assim distribuídas – dois terços delas são destinadas a juízes dos Tribunais Regionais Federais e desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tripla pelo próprio Tribunal Superior, havendo a dualidade de clientela ensejada a divisão das vagas – um terço para os juízes federais e o outro um terço para os desembargadores. Já aqui surge elemento da maior importância para o desfecho da controvérsia e que, portanto, merece destaque. Refiro-me à circunstância de o critério de acesso ao Superior Tribunal de Justiça ser único. O preenchimento de todas as vagas ocorre, exclusivamente, por merecimento, não se podendo falar na existência de qualquer carreira. Por isso mesmo, ao cogitar-se da formação da clientela, alude-se a juízes e desembargadores sem especificidade, sem distinção, pouco importando a classe da qual provenham. Portanto no caso, o acesso não se faz norteado por carreira, com observância dos critérios antiguidade e merecimento, ao contrário do que ocorre nos Tribunais estaduais.

“A situação do Tribunal Superior do Trabalho assemelha-se à do Superior Tribunal de Justiça, no que deixa de contemplar o acesso considerada uma carreira em si – a

movimentação dá-se apenas por merecimento - , sendo que, novamente, tem-se a participação de advogados e membros do Ministério Público, já agora com nítido arredondamento para mais, alargando-se o chamado quinto constitucional. Dos vinte e sete integrantes, nada menos do que seis devem ser egressos das duas classes e nas listas até aqui elaboradas tem sido observado o preceito do artigo 94 em comento, frente á expressa previsão do artigo 111, § 2º.

Contudo, quanto a onze dos dezessete cargos destinados a togados e vitalícios, exsurge particularidade da maior importância para o caso. O Projeto de Constituição (A), da Comissão de Sistematização, dispunha revelando como clientela os juizes da magistratura trabalhista – inciso I do § 1º do artigo 135, o que asseguraria, uma vez prevalente, a previsão abrangente, ou seja, de todos os juizes de Regionais, pouco importando a procedência remota.

Eis que o Constituinte Domingos Juvenil apresentou emenda aditiva ao artigo 135 referido, para inserir no texto a expressão "de carreira". Na oportunidade, com inegável perspicácia e coerência, apontou o Parlamentar que:

"É evidente a necessidade de reservar os Argos de juiz profissional aos magistrados de carreira. os únicos que na Justiça do Trabalho são originariamente admitidos por concurso público. A redação do Projeto comporta o acesso ao TST de juizes de Regionais, admitidos sem concurso no regime do "quinto constitucional"; é tão elástico que, teoricamente, poderá surgir situação na qual nem sequer um dos membros do TST seja magistrado concursado, de carreira, todos provindo de representação classista, da representação do Ministério Público 2º e 3º graus (sic), ou da representação da advocacia nos mesmos graus (sic). A alta conveniência pública de estimular o numeroso grupo de juizes profissionais e de valorizar o concurso como forma de acesso aos cargos do Estado é que inspira a emenda ora oferecida á consideração.

(...)

Este histórico bem revela a importância atribuída á distribuição das vagas considerados magistrados de carreira, advogados e membros do Ministério Público, valendo notar que nos últimos dias de vigência da Constituição anterior, quando o Tribunal Superior do Trabalho era composto por dezessete Ministros, das sete vagas existentes destinadas a togados oriundos dos Regionais, apenas cinco estavam preenchidas por egressos da carreira, pois as outras duas eram ocupadas por juizes que chegaram aos Regionais de origem pelo quinto dos advogados (...). Nota-se, a mais não poder, que até mesmo em relação a Tribunal que sequer conta com vagas inseridas em carreira dispôs-se de modo a preservar não só os quatro quintos, como também o quinto, elucidando-se, pedagogicamente, as respectivas clientelas – a uma juizes realmente de carreira; a duas advogados e membros do Ministério Público em exercício.

(...)

Em momento algum aludiu-se á ficção jurídica de considerar-se não o status atual, mas aquele anteriormente possuído.(...)

*"O Legislador Constituinte de 1988 estabeleceu uma dualidade de disciplina, considerado o acesso ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Superior do Trabalho. Enquanto ao Superior Tribunal de Justiça consignou como parte da clientela os juizes dos tribunais regionais federais – e aqui não se referiu aos desembargadores federais, apenas aos juizes e desembargadores dos tribunais de justiça –, no artigo 111 da Constituição Federal, relativamente ao acesso ao Tribunal Superior do Trabalho, restringiu a clientela. **Pela norma pretérita, como diz o Ministro Sepúlveda Pertence, pela Constituição Federal decaída, tínhamos que os juizes togados, sem distinção quanto à origem,** dos tribunais regionais do trabalho formavam a clientela para acesso ao Tribunal Superior do Trabalho. Eu mesmo cheguei ao Tribunal Superior do Trabalho após preencher cadeira, no Tribunal Regional do Trabalho, destinada a advogados. O que houve, então, com a Constituinte? **Substituiu-se, no inciso I do § 1º do artigo 111, a alusão a juizes togados dos tribunais do trabalho pela referência a juizes de carreira da magistratura trabalhista.**"*

118. Com a ressalva do devido respeito, entende a AMB que não houve essa dualidade de tratamento entre STJ e TST. **A distinção entre os textos (a) do inciso I, do § 1º, do art. 111, da CF, referente à composição do TST, (b) e do inciso I, do art. 104, da CF, referente à composição do STJ, não deve ser atribuída a uma deliberada convicção dos legisladores constituintes de que tais tribunais superiores deveriam ter uma composição díspar, quanto à observância da classe de origem dos pretendentes ao cargo de Ministro do TST ou do STJ.**

119. A discrepância desses textos há de ser atribuída à **possibilidade fática** que existia, antes da CF de 1988, **de o TST não contar em sua composição com qualquer juiz de carreira**, em decorrência da participação -- naquela justiça especializada -- também dos juizes leigos ou classistas, além dos togados egressos da classe de advogado e Ministério Público.

120. Com efeito, no TST, os juizes de carreira se viam em desvantagem numérica diante do maior número de juizes classistas e de togados egressos da classe de advogado e Ministério Público provenientes dos TRTs.

121. No voto que proferiu na ADI n. 813 -- ainda que entendendo haver uma opção distinta pelo legislador constituinte quanto à composição do STJ e do TST --, reproduziu o Min. Marco Aurélio o trâmite ocorrido na Assembléia Constituinte que

resultou na aprovação da emenda do Constituinte Domingos Juvenil para inserir a expressão "de carreira" no § 1º do art. 111 da CF (*supra*, 117).

122. Como se pode ver, o que motivou o legislador constituinte a inserir no texto do § 1º do art. 111 da CF a expressão "de carreira" para os membros do TST foi um fato certo que inexistiria no âmbito do STJ: a presença dos Juizes Classistas, além dos membros do Ministério Público e da Advocacia.

123. Esse fato, entretanto, não ocorreria no âmbito do STJ -- que estava sendo criado pelo Constituinte de 1988 --, o que não justificava, nem justificou a inserção da expressão "de carreira".

IX – ESSE STF JÁ CONSIDEROU CONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DO CÓDIGO ELEITORAL QUE VEDA, NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS ELEITORAIS, A PARTICIPAÇÃO DE MAGISTRADO APOSENTADO NA “COTA” DE ADVOGADOS

124. Ultrapassada a questão da comparação de composição do STJ com o TST, convém promover a comparação da composição do STJ com a do TSE, **quanto à classe dos advogados.**

125. Realmente, o cotejo dos arts. 119 e 120 da CF (pertinentes à composição dos Tribunais Eleitorais) com o art. 104 (pertinente à composição do STJ) revela que em nenhum desses dispositivos constitucionais está presente alguma expressão em face da qual se poderia presumir a vedação à nomeação de ex-magistrado na classe de advogados.

126. Aliás, o legislador constituinte não promoveu a inserção de qualquer vedação, por exemplo, quanto aos membros dos Tribunais Eleitorais que haveriam de ser escolhidos dentre a classe de ADVOGADOS. Senão vejamos o texto dos artigos 119 e 120:

"Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juizes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II – por nomeação do Presidente da República, **dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral**, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.”

“Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I – mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II – de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo.

III – por nomeação, pelo Presidente da República, **de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.**”

127. No entanto, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, já havia o legislador ordinário estabelecido no § 2º, do art. 25, do Código Eleitoral -- que assumiu patamar de lei complementar -- quanto à composição dos Tribunais Eleitorais, pertinente à classe de advogados, que “a lista não poderá conter nome de Magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público”.

128. Ora, a interpretação literal dos artigos 119 e 120 da CF implicaria a revogação do § 2º do art. 25 do Código Eleitoral, na medida em que no texto constitucional exigiu-se, para ingresso nos Tribunais Eleitorais, pela classe dos advogados, apenas a exigência de notável saber jurídico e idoneidade moral.

129. Porém, dessa forma não entendeu esse eg. Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso ordinário em mandado de segurança impetrado originariamente no Tribunal Superior Eleitoral, que restou assim ementado (STF, Pleno, RMS n. 23.123/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. P/acórdão Min. Nelson Jobim, DJ. 12.03.04):

“EMENTA: ELEITORAL. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL REGIONAL. LISTA TRÍPLICE QUE ENCAMINHA PARA VAGA DE ADVOGADO O NOME DE MAGISTRADO APOSENTADO. INSCRITO NA OAB. EXCLUSÃO DO MESMO PELO TSE - ART. 25, §2º DO CÓDIGO ELEITORAL. A LEI 7.191/94 NÃO REVOGOU O §2º DO ART. 25 DO CE, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 4.961/66. O DISPOSITIVO FOI

RECEPCIONADO PELA CF. IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE PARA MANTER A DECISÃO DO TRIBUNAL. A ANÁLISE DA INSTITUIÇÃO - JUSTIÇA ELEITORAL - PARTE DE UM DETERMINADO PRINCÍPIO E DE UM DETERMINADO ESPÍRITO INFORMADOR, PARA QUE SE INTEGRE AO TRIBUNAL, AQUELE QUE SE PRODUZIU NA PROFISSÃO, POR LONGOS ANOS, ESCOLHIDO NÃO PELA CORPORACÃO, MAS PELOS MEMBROS DO TRIBUNAL, QUE CONHECEM QUEM ESTÁ EXERCENDO A PROFISSÃO E REALMENTE TEM CONDIÇÃO DE TRAZER A PERSPECTIVA DO ADVOGADO AO DEBATE DAS QUESTÕES ELEITORAIS. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

130. Nesse julgamento prevaleceu o voto divergente do Min. Nelson Jobim, com apoio dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Celso de Mello, tendo o Min. Jobim assinalado -- após superar a matéria infraconstitucional pertinente à suposta revogação do Código Eleitoral -- que o exame da vedação contida no § 2º do art. 25 do Código Eleitoral em face da Constituição levava à conclusão da sua constitucionalidade, porque a vedação decorreria da interpretação da regra constitucional:

"Agora a questão posta é outra, e tem que ser enfrentada !

É legítima, é constitucional essa restrição ? Pode-se trazer da Constituição Federal a leitura de que é inconstitucional essa restrição ao magistrado aposentado e aos membros do Ministério Público ?

(...)

A questão sustentada, na linha do Ministro Néri da Silveira, é que precisamos examinar essa instituição a partir de um determinado princípio e de um determinado espírito informador.

Ou seja, o que se pretende não é que, formalmente, aquele que tem a possibilidade de exercer a profissão esteja presente à discussão das questões eleitorais, mas, sim, aquele que se produziu dentro da profissão, por longos anos, escolhido não pela corporação, mas pelos membros do Tribunal, que conhecem quem está exercendo a profissão e realmente tem condição de trazer a perspectiva do advogado ao debate das decisões das questões eleitorais."

131. Contra esse entendimento, além do relator originário (Min. Marco Aurélio), também o Min. Moreira Alves ofereceu severas críticas, apoiando-se no fato de que o texto constitucional não admitiria a vedação legal, como se pode ver dos seguintes trechos colhidos nos debates:

"Veja V.Exa. o seguinte: um advogado que foi, inclusive, juiz do Tribunal Regional e depois fez concurso para juiz, ele fica impedido de voltar como juiz ? Mutatis mutandis, a situação é inversa. Não vejo, por motivos até de natureza política, essa exclusão, senão também teria de haver com relação ao oposto. O advogado que inclusive foi juiz do Tribunal Regional, depois de fazer concurso para juiz, pode voltar como magistrado. Um magistrado aposentado que volta à advocacia é como um advogado que depois entrou na Magistratura."

"Veja V.Exa. que um indivíduo pode ser juiz por um ano, depois pede demissão e passa trinta anos como advogado. Pergunta-se: Ele continua juiz ? Ele foi advogado do serviço público; depois foi um ano juiz, aposentando-se com trinta anos de serviço, e posteriormente passa mais vinte anos como advogado. Ele é juiz ?"

"A Constituição exige que o indivíduo seja advogado. Se ele preenche a condição de advogado ..."

"Não é formal, ele é advogado. O que entendemos com relação a um quinto ? Um indivíduo que entrou como advogado, depois de ser juiz durante vinte anos no Tribunal de Alçada, continua como advogado. Entendeu-se isso. Agora vamos, aqui, aplicar também isso ?"

"Mas é a inobservância do texto constitucional, exigindo que seja advogado. Ele não é advogado ? Sim, não há dúvida alguma. Agora, está-se restringindo, por quê ? Porque ele já foi juiz. Pergunta-se: um advogado, inclusive do Tribunal, não pode, como juiz, ingressar no Tribunal ? Até isso se admite. Quando é inverso, não se admite."

132. Todos esses fundamentos desenvolvidos pelo Min. Moreira Alves -- que se prestavam para justificar a inconstitucionalidade da vedação legal à nomeação de magistrado aposentado para Tribunal Eleitoral pela classe dos advogados --, poderiam justificar, no caso sob exame, o entendimento sobre a constitucionalidade dos dispositivos legais ora impugnados, já que eles não teriam estabelecido qualquer vedação pertinente à classe de origem para composição do STJ (no inciso I, já que no inciso II, ao se reportar os requisitos do art. 94, acabou por exigir o mínimo de 10 anos de exercício da advocacia ou da função de membro do Ministério Público).

133. Porém, esses fundamentos restaram vencidos, como se pode verificar não apenas do voto do Min. Nelson Jobim, como também do voto do Ministro Carlos Velloso, ambos no sentido de que **o princípio inspirador do dispositivo**

constitucional exigia, para a composição dos Tribunais Eleitorais, a presença do advogado militante, que nunca fora magistrado:

"A questão a saber, agora, é se a restrição imposta – vaga destinada aos advogados deve ser preenchida por advogado e não por juiz aposentado que esteja advogando – seria compatível com a Constituição, art. 119, III.

Penso que sim.

(...)

O advogado que é somente advogado, advogado militante, não é o mesmo que o juiz aposentado que advoga. Aquele vive os problemas da classe; este, de regra, já cansado, simplesmente preenche momentos de seu ócio, na advocacia. É claro que há exceções, juizes que se aposentam ainda moços, e passam a advogar intensamente. Esta, entretanto, não é a regra. Então, se se permitir que o juiz aposentado, inscrito na OAB, integre, nos Tribunais Eleitorais, vaga de advogado, está-se tomando o lugar do verdadeiro advogado. E o que é pior: ele não levaria para o Tribunal aquilo que a Constituição quer: a visão do advogado, a visão da classe. O Tribunal passaria, então, com a grande composição de magistrados – dos sete juizes cinco são magistrados – a decidir na perspectiva, apenas, dos magistrados. A Constituição não quer que assim seja, tanto que, podendo preencher todas as vagas com magistrados, optou por dois oriundos da advocacia. Ademais, tendo em vista que o magistrado aposentado tem, de certa forma, maior trânsito junto aos seus antigos colegas, poderia a escolha recair, por isso mesmo, em muitos casos, no magistrado aposentado. Ignorar isto é ignorar uma realidade."

134. O voto de desempate proferido pelo então Presidente, Min. Celso de Mello, S.Exa. reportou-se aos seguintes fundamentos do Procurador Geral da República, nos quais, mais uma vez, **assinalou-se que o critério informador das normas constitucionais impediam a nomeação de ex-magistrado para a classe de advogado**:

"Penso que, ao dar a redação que deu à norma constitucional, o Constituinte originário da Constituição de 1988 quis enfatizar o papel do advogado militante, do causídico, de maneira análoga ao quinto constitucional, no caso exclusivamente em relação a vagas de advogados e não do Ministério Público. Nesse sentido, o objetivo terá sido o de reconhecer a importância da experiência do advogado militante na composição diversificada dos TREs visando a enriquecê-la com perspectiva diferente da do magistrado que, em princípio, se aposenta após trinta anos de exercício da magistratura. Se assim é, ao optar pela expressão "dois juizes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral" indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo

Presidente da República, o Constituinte teve como objetivo evita novas nomeações de magistrados, ainda que aposentados. (...)

Por essas razões, entendo que a lei - a meu ver em vigor - não viola o princípio da isonomia ao vedar a inclusão de magistrados aposentados - que se inscreveram na Ordem dos Advogados e passem a exercer a advocacia após o exercício da magistratura - nas listas triplíces destinadas às duas vagas de advogados. É evidente que os magistrados aposentados - quase sempre novéis advogados - não estão na mesma situação dos advogados militantes em geral e, por isso, não há discriminação mas sim tratamento para desiguais em cumprimento de norma prevista na Constituição.

Não há ainda qualquer contrariedade, a meu ver, ao livre exercício de profissão, eis que o magistrado aposentado, nos termos do Estatuto da OAB, pode exercer a advocacia. O que ele não pode, a meu ver, segundo a lei e a Constituição, é ser escolhido em lista triplíce para vaga em Tribunal Regional Eleitoral destinada a advogado.”

135. O que se tem evidenciado nesse precedente é que, ao examinar a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabelece vedação a magistrado aposentado vir a integrar, na classe de advogados, os Tribunais Eleitorais (§ 2º do art. 25 do Código Eleitoral), entendeu esse eg. Supremo Tribunal Federal que esse entendimento decorre da própria Constituição Federal, no ponto em que estabelece que na composição de tais Tribunais devem estar presentes advogados militantes, o que excluiria o advogado que fora, no passado, magistrado.

136. Se esse Supremo Tribunal Federal conferiu esse entendimento para os artigos 119 e 120 da Constituição Federal -- pois **haveria a vedação implícita quanto ao ex-magistrado vir a ingressar Tribunal Eleitoral pela classe de advogado** --, entende a AMB que deverá igualmente conferir o mesmo entendimento para o inciso I do art. 104 da Constituição Federal, no sentido de que **também há uma vedação implícita para egressos do quinto constitucional nos TRFs e TJs ingressarem no STJ pela classe de magistrados**.

137. Aliás, atualmente somente é possível admitir que um ex-magistrado concorra pela classe dos advogados ou do Ministério Público para a composição do STJ, se ele tiver exercido a advocacia ou o cargo de membro Ministério Público por um período mínimo de 10 anos, em razão da remissão feita no inciso II, do art. 104, ao art. 94 da CF.

138. De forma assemelhada e para preservar o equilíbrio da participação tripartite do STJ, não será possível admitir, d.v., que um Desembargador ou Juiz de TJ ou de TRF, egresso do quinto constitucional, possa ingressar no STJ pela classe dos magistrados, pois tal escolha deve recair dentre magistrados cuja carreira tenha sido, desde o início (ingresso na primeira instância), como magistrado.

X - O ADVOGADO OU MEMBRO DO “MP” DEVE OPTAR POR INTEGRAR “TJ” E “TRF” PELO QUINTO (CF., ART. 94) OU O STJ PELO “TERÇO” (CF., ART. 104, II). TRATA-SE DE ESCOLHA DEFINITIVA, PORQUE NO “TJ” OU “TRF” O CARGO É O ÚLTIMO DA CARREIRA ENQUANTO QUE NO “STJ” O CARGO É ISOLADO.

139. A AMB está convencida de que o advogado ou membro do Ministério Público que deseja ingressar na magistratura deve fazê-lo ou por meio de concurso público (quando ingressa no início da carreira, tornando-se juiz de carreira) ou por meio do quinto constitucional (quando ingressa diretamente no último posto da carreira da magistratura).

140. Já para o STJ, o advogado ou membro do Ministério Público somente pode ingressar por meio da terça parte que lhe foi garantida no inciso II, do art. 104, da CF.

141. Isso, porque, quando o advogado ou membro do Ministério Público aceita ingressar no TJ ou no TRF pelo quinto constitucional, deve-se presumir que fez uma opção definitiva de ingresso na magistratura no seu último posto.

142. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição (a) previu a carreira da magistratura, estabelecendo a forma de ingresso, a promoção dentro das entrâncias, a promoção de primeira instância para os Tribunais de segundo grau e, também, o acesso dos membros do quinto constitucional diretamente no último cargo da carreira de magistratura, (b) previu também o cargo de Ministro do STJ (e dos demais Ministros de Tribunais Superiores) como modalidade de cargo isolado.

143. Dessa consideração decorre a conclusão de que o advogado ou membro do Ministério Público que pretende ingressar no STJ deve sujeitar seu nome à sua respectiva classe para que ela o indique em sua lista sêxtupla, por força da

remissão contida na parte final do inciso II, do art. 104, da CF, ao artigo 94 também da CF

144. Estará, portanto, na condição de advogado ou de membro do Ministério Público, pleiteando seu ingresso em um cargo isolado da magistratura nacional.

145. Porém, quando o advogado ou membro do Ministério Público pretende ingressar no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Federal de Recursos, ele estará pleiteando o seu ingresso no cargo máximo da carreira da magistratura estadual ou federal.

146. Então, quando o advogado ou membro do Ministério Público faz a opção de pleitear seu ingresso no cargo máximo da magistratura de carreira, ele estará, por conseqüência, renunciando ao direito que teria de pleitear o ingresso no cargo isolado de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

147. A não ser assim, restará evidenciada uma desigualdade -- quanto à forma de ingresso no STJ -- entre os juizes de carreira e os advogados e membros do Ministério Público, porque enquanto os primeiros somente terão "uma porta" de acesso ao Superior Tribunal de Justiça, aqueles outros terão "duas portas" de acesso a aquela eg. Corte.

148. Essa renúncia implícita de advogados ou membros do Ministério Público, de não serem mais passíveis de escolha por suas corporações, para compor o Superior Tribunal de Justiça -- que ora é sustentada pela AMB -- já foi objeto de consideração nos debates havidos no passado sobre a renúncia implícita que advogados e membros do Ministério Público faziam quando admitiam ingressar nos Tribunais de Alçada, sem a possibilidade de ingressar no Tribunal de Justiça pela sua classe de origem (podiam ingressar por promoção).

149. Em realidade, considerou-se que não haveria tal renúncia, exatamente porque o cargo de Juiz de Tribunal de Alçada não constituía o último grau da carreira, mas sim um degrau na carreira, pois o último grau da carreira seria o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça.

150. Foi o Min. Rodrigues Alckimim que demonstrou o equívoco do entendimento que concluía no sentido de que o cargo de Juiz de Tribunais de Alçada haveria de ser considerado fim de carreira da magistratura, de forma a impossibilitar a promoção para o Tribunal de Justiça (STF, Representação n. 881, Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, p. 119/120):

"Pareceu que seria inadequado classificar Tribunais de segunda instância como entrância que, tradicionalmente, é a denominação com que se classificam Comarcas, e então se poderia – conciliação rigorosamente ortodoxa – chegar à conclusão de que os Tribunais de Alçada seriam fim de carreira. Nele ingressariam membros do Ministério Público e advogados: pelo quinto, e juízes em 4/5, e aí se encerraria a carreira desses magistrados, já que não haveria uma entrância para permitir acesso ao Tribunal de Justiça.

Essa solução, que nenhum texto constitucional repudia e ainda hoje poderá se adotada, oferecia notáveis inconvenientes: levaria aos Tribunais de Alçadas juízes desestimulados de promoção aos Tribunais de Justiça; levaria também, aos Tribunais de Alçada, "juristas de menor tomo", do Ministério Público e da advocacia; outros se recusariam a ingressar nos Tribunais de Alçada, porque aspirariam, como juristas melhores, o acesso ao Tribunal de Justiça. (...) E, evidentemente, não poderiam ser Tribunais de qualificação inferior, constituídos de juízes desestimulados, ou por terem, seus membros, menores qualidades intelectuais.

A idéia, portanto, de transformar o Tribunal de Alçada em fim de carreira, não parecia muito feliz."

151. Todo esse entendimento, todo esse raciocínio, se aplica, a *contrario sensu*, para o STJ, uma vez que o cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça ou de Juiz de Tribunal Regional Federal constituem, sim, último posto da carreira da magistratura.

152. Nada mais natural do que considerar o ingresso no Tribunal de Justiça, seja do Juiz de carreira, seja do advogado ou do membro do Ministério Público, como a última etapa da vida profissional do bacharel de direito.

153. A indicação para um Tribunal Superior, d.v., decorrerá de um procedimento eminentemente político, que terá origem na indicação de Desembargadores e Juizes pelos TJs e TRFs e na indicação pela classe dos advogados e do Ministério Público de uma lista sêxtupla, para que sejam essas indicações reduzidas a uma lista tríplice pelo STJ e, ao final, submetidas à escolha

pessoal do Presidente da República.

154. Mas essa escolha deverá recair, sempre, observando-se a classe de origem do futuro Ministro do STJ, sob pena de promover-se a alteração material da composição tripartite estabelecida na Constituição para o STJ.

155. Portanto, o cargo de Desembargador de Tribunal de Justiça ou de Juiz de Tribunal Regional Federal **não pode ser considerado nem mesmo como gerador de uma expectativa de direito**, para fins de indicação e nomeação para o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ainda mais quando se considera o universo daqueles que poderiam ser indicados (mais de 1.000 magistrados, atualmente, no Brasil).

156. Por mais essas razões, o que se pode depreender é que a interpretação literal do inciso I, do art. 104 da CF, não apenas está colocando advogados e membros do Ministério Público em uma situação de desigualdade para com os magistrados de carreira -- pois passam a ter um dupla "porta de acesso" ao STJ --, como também colocando em desequilíbrio a participação tripartite que o constituinte originário pretendeu instituir no Superior Tribunal de Justiça.

XI – É PRECISO FECHAR UMA DAS “DUAS PORTAS” DE ACESSO AO STJ EXISTENTES PARA O INGRESSO DE ADVOGADOS E MEMBROS DO MP, POIS ELES SOMENTE PODEM INGRESSAR DIRETAMENTE E NÃO INDIRETAMENTE

157. No julgamento do RMS n. 23.123, essa Corte afirmou que, quando a Constituição Federal se referiu a advogados, na composição dos Tribunais Eleitorais, haveria de ser interpretada como se referindo a advogados e não a ex-magistrados ou a ex-membros do Ministério Público. Assinalou o Min. Moreira Alves -- prolator de voto que ficou vencido -- que esse eg. STF caminhava, naquele julgamento, para confirmar o entendimento sufragado na ADI n. 813, de que os membros dos Tribunais de Alçada conservavam a classe de origem para fins de promoção aos Tribunais de Justiça:

“Não é formal, ele é advogado. O que entendemos com relação a um quinto ? Um indivíduo que entrou como advogado, depois de ser juiz durante vinte anos no

Tribunal de Alçada, continua como advogado. Entendeu-se isso. Agora vamos, aqui, aplicar também isso ?

158. Antes do julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade n. 813/SP, havia esse eg. STF, nas ADIs n. 27 e 29, declarado que os juizes dos Tribunais de Alçada, embora nele tivessem ingressado como membro do Ministério Público ou como advogados, passavam a ser considerados magistrados e, nessa qualidade, concorreriam às vagas dos 4/5 quintos do Tribunal de Justiça, destinadas a tal categoria. Veja-se a ementa da ADI n. 29 (STF, Pleno, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJ. 22.06.90):

"EMENTA: - Tribunais de Justiça. Preenchimento do quinto constitucional. Critério. Estados onde há Tribunal de Alçada assento nº. 5/89, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assento nº. 4 do Tribunal de Justiça do Paraná (art. 3º.); Resulta do art. 94 da Constituição Federal que um quinto dos lugares dos Tribunais dos Estados será preenchido com membros do Ministério Público e de advogados, que atendam as condições ali estipuladas, mesmo naqueles Estados em que houver, Tribunais de Alçada. O disposto na parte final do item III, do art. 93, da Carta Política Federal, não interfere no critério fixado no seu artigo 94, pois os Juizes do Tribunal de Alçada ao nele ingressarem, embora o tenham feito como membros do Ministério Público ou advogados, passam a ser considerados magistrados, e em tal qualidade é que concorrerão as vagas dos quatro quintos dos Tribunais de Justiça, destinadas a tal categoria. Não há, magistrados que passaram a ser, como considerá-los ainda integrantes da classe dos advogados ou membros do Ministério Público para os fins do art. 94 da Constituição Federal, que nenhuma ressalva estipula a respeito. Assento nº. 5/89 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, dispondo de modo diverso, e considerado inconstitucional. Parágrafo Único do art. 3º do Assento Regimental nº. 4/88, do Tribunal de Justiça do Paraná, que, dispondo do mesmo sentido do assento nº. 5 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já veio a ser julgado inconstitucional, por maioria, na mesma sessão plenária do Supremo Tribunal Federal."

159. Segundo esse antigo entendimento -- logo depois suplantado pela decisão tomada na referida ADI n. 813 -- não haveria como considerar os magistrados integrantes dos Tribunais de Alçada, egressos do quinto constitucional, como magistrados distintos dos demais, pois não haveria nenhuma ressalva nesse sentido no art. 94 da CF.

160. No entanto, esse entendimento veio a ser modificado radicalmente no

juízo da ADI n. 813, ratificado no julgamento dos Embargos Infringentes, conforme se verifica de suas respectivas ementas (STF, ADI 813-7/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ. 25.04.1997, e EI-ADI 813/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ. 19.09.03):

“EMENTA: - CONSTITUCIONAL. QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRIBUNAL DE ALÇADA. LISTA SÊXTUPLA. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, ARTIGO 63, § 3º. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 93, III, ARTIGO 94. 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 antiguidade 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.”

*“EMENTA: Nos Estados servidos de Tribunais de Alçada, **devem as vagas de Desembargador, destinadas ao chamado "quinto constitucional", ser providas dentre os Juizes daquelas Cortes de Justiça, oriundos do Ministério Público e da advocacia, obedecida a sua classe de origem (art. 93, III, da Constituição Federal). Embargos infringentes rejeitados, por maioria, para confirmação do acórdão embargado.”***

161. Como se pode ver, entendeu esse eg. STF, que já tendo havido o ingresso de advogados e membros do Ministério Público, pelo quinto constitucional, nos Tribunais de Alçada, não haveria necessidade de promover um novo acesso, pelo quinto constitucional, ao Tribunal de Justiça. Os magistrados que haviam ingressado pelo quinto constitucional concorreriam, como representantes de suas classes de origem, para o Tribunal de Justiça. Veja-se o voto do Min. Carlos Velloso (STF, ADI 813-7/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ. 25.04.1997, p.106 / 108):

*“Isto posto, estou em que a segunda hipótese é a desejada pela Constituição: os juizes do quinto do Tribunal de Alçada serão promovidos ao Tribunal de Justiça, por antiguidade e merecimento, **conservando, entretanto, a condição advinda a classe de origem.***

(...)

E assim teríamos, no Tribunal de Justiça, um quinto de seus juizes oriundos do

Ministério Público e da classe dos advogados. Teríamos preservado, então, os quatro quintos que a Constituição deseja que sejam preenchidos por magistrados de carreira.

(...)

Ora, os magistrados do quinto, não integram, evidentemente, a classe dos advogados e do Ministério Público, magistrados que passaram a ser a partir da nomeação. Há de ser considerada, entretanto, para a promoção ao Tribunal de Justiça, a origem advinda da classe a que pertenciam, conforme determina a Constituição, art. 93, III, in fine. E porque a origem advinda da classe a que pertenciam deve ser considerada, não há invocar a regra geral do art. 94.”

162. A mudança ocorrida no entendimento dessa eg. Corte levou em consideração o fato de que o advogado e o membro do Ministério Público somente poderiam ingressar, por meio de indicação de sua respectiva classe, nos Tribunais de Alçada. Para o Tribunal de Justiça eles ascenderiam pelo critério de promoção.

163. Então, a solução encontrada foi a de “fechar as duas portas de acesso” que havia para os Tribunais de Justiça e deixar “aberta” apenas a porta de acesso pelo Tribunal de Alçada.

164. Com efeito, com base no entendimento contido nas ADIs 27 e 29, poderiam os advogados e membros do Ministério Público ingressar diretamente tanto nos Tribunais de Alçada como nos Tribunais de Justiça, o que alargava a participação deles no Tribunal de Justiça.

165. Daí porque, admitindo-se a tese de que deixavam de ser considerados como juizes do quinto e passavam a ser juizes em igualdade com os de carreira, estabeleceu-se uma inaceitável desigualdade na composição dos Tribunais de Justiça.

166. Passaram os Tribunais de Justiça a ser compostos não apenas pelo quinto constitucional -- os advogados e membros do Ministério Público que ingressavam diretamente -- como também pelos “juizes” dos Tribunais de Alçada, egressos naquelas Cortes pelo quinto, que eram promovidos como se fossem juizes de carreira.

167. No julgamento dos Embargos Infringentes na ADI n. 813, assinalou o

Min. Octávio Gallotti que a interpretação pretendida implicaria o “**alargamento da participação do chamado “quinto”**” como se pode ver do seguinte trecho do seu voto:

“Trata-se, entretanto, de discriminação racional, decorrente da própria diversidade da organização judiciária, de uns ou outros Estados, sendo de notar que, da solução preconizada pelo embargante resultaria, ai sim (e mais nitidamente), o alargamento da participação do chamado “quinto”, mercê da duplicação (que então se ensejaria) das vias de ingresso direto, no segundo grau de jurisdição, dos advogados e dos membros do Ministério Público.”

168. Esse desequilíbrio somente foi resolvido pela interpretação dada por esse eg. STF, na ADI n. 813, quando se passou a admitir o ingresso pelo quinto constitucional apenas nos Tribunais de Alçada, preservando-se esse equilíbrio no momento da promoção para os Tribunais de Justiça.

XII – DIANTE DA INTERPRETAÇÃO LITERAL DO INC. I, DO ART. 104, DA CF, NÃO HÁ UM NÚMERO CERTO DE MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CONSIDERADA A “CLASSE DE ORIGEM”, AINDA QUE PRESERVADO O MÍNIMO DE 1/3 DE ADVOGADOS E DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

169. A solução adotada por esse eg. STF em face do acesso de membros dos Tribunais de Alçada para os Tribunais de Justiça, é certo, não se mostra possível no caso sob exame, porque o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça não constitui cargo de carreira, capaz de permitir a vedação do acesso de advogados e de membros do Ministério Público diretamente no STJ, até porque a Constituição Federal expressamente estabeleceu esse ingresso de forma direta (inciso II do art. 104).

170. Mas se mostra não apenas possível, como necessária, a adoção de solução -- interpretação do dispositivo constitucional -- que permita observar o mesmo critério que foi observado na ADI n. 813, qual seja, a de considerar que o membro do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal egresso do quinto constitucional, exatamente pelo fato de ter ingressado nessas Cortes sob essa qualidade, preservaria a classe de origem para não participar do procedimento de escolha de Ministro do STJ, quando a vaga se destinasse aos juízes de carreira (inciso I do art. 104).

171. Somente assim, d.v., será resolvido o desequilíbrio que já se verifica na composição do Superior Tribunal de Justiça.

172. Efetivamente, o que ocorre atualmente no STJ é o que se passava no TST em um passado recente, pois o Tribunal possui um terço dos seus membros vindos da advocacia e do Ministério Público, por meio de acesso direto ao Tribunal, **mas não possui dois terços de magistrados de carreira vindos dos TRFs e dos TJs.**

173. É fluida a participação dos magistrados de carreira na composição do STJ, já que, diante da interpretação literal do inciso I, do art. 104, da CF, têm os TRFs e TJs encaminhado para o STJ compor a lista diversos membros egressos do quinto constitucional.

174. Não parece correta, assim, a interpretação do texto constitucional que conduza a uma incerteza quanto à participação do número de magistrados de carreira na composição do Superior Tribunal de Justiça.

* * *

175. Reconhece a AMB que o quadro normativo debatido nesta ação não é o mesmo que amparou alguns dos precedentes expostos ao longo da petição, mas vários dos fundamentos deduzidos, especialmente na ADI n. 813, podem ser aplicados ao caso sob exame, uma vez que o que se sustenta, essencialmente, é a preservação do equilíbrio entre “magistrados de carreira” e “advogados” e “membros do Ministério Público” -- na estrita proporção prevista no art. 104, I e II -- na composição do Superior Tribunal de Justiça.

176. Dir-se-á, em oposição, que o texto constitucional exigiu apenas a presença de membros dos TRFs e TJs, sem explicitar sua carreira de origem. Todavia, caberá a indagação se haveria uma outra modalidade de magistrado quanto à sua forma de ingresso: o membro puro, que ingressou no Tribunal de segundo grau sem uma classe de origem.

177. É óbvio que inexistente essa espécie de magistrado (sem classe de origem). Ou o magistrado é de carreira ou é egresso do quinto constitucional. Então, se a Constituição Federal, no inciso II, do art. 104, explicitou o acesso direto dos advogados e membros do Ministério Público ao Superior Tribunal de Justiça, por exclusão, somente poderão acessar pela classe de magistrados (dos TJs e dos TRFs) os magistrados de carreira.

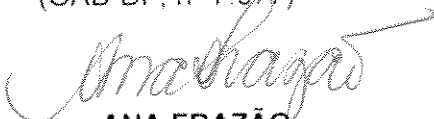
XIII – PEDIDO

178. Por todo o exposto, demonstrada a inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º, da Lei n. 7.746, de 30 de março de 1989, que não observou a correta interpretação que deveria ser extraída do art. 104, I e II, da CF e do § 3º do art. 27 do ADCT, requer a autora seja adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, determinando-se o pronunciamento (a) do Congresso Nacional, (b) da Advocacia Geral da União e (c) da Procuradoria Geral da República, para, ao final, restando demonstrada a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado, ser esta ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc* -- para evitar a desconstituição das nomeações ocorridas sob a sua presunção de constitucionalidade --, conferindo-lhe interpretação conforme, para o fim de limitar o acesso às vagas do STJ a serem preenchidas por Juiz ou Desembargador aos "magistrados de carreira".

179. Dá-se à presente causa o valor de R\$ 1.000,00.

Brasília, 20 de maio de 2008.

P.p. 
ALBERTO PAVIE RIBEIRO
(OAB-DF, nº 7.077)

P.p. 
ANA FRAZÃO
(OAB-DF, nº 12.847)

P.p. 
LAURA ALENCAR
(OAB-DF, nº 27.008)

(AMB-ADI-STJ-ingresso-final)