

A PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ÓRGÃOS ESPECIAIS DOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

*Ives Gandra da Silva Martins**

Tem-se discutido, ultimamente, se os Desembargadores dos Tribunais Estaduais vindos da Advocacia ou do Ministério Público poderiam ou não integrar o órgão especial das Cortes Regionais.

A questão deve ser examinada, a meu ver, por dois prismas, que reputo fundamentais e sobre cujos aspectos decorrenciais passo a escrever.

O primeiro deles diz respeito a eventual impedimento de participação de membros dos Tribunais originários da classe dos advogados e do Ministério Público, no órgão especial dos Tribunais de Justiça.

Afasto, de plano, tal pretendida restrição.

É claríssima, a Constituição Federal, em não distinguir, nos artigos 93, inciso III e 94, § único, a condição dos membros do Poder Judiciário em função de sua classe de origem (carreira, advocacia ou “parquet”). Preserva, exclusivamente, o percentual correspondente à composição das Cortes, sem qualquer outra espécie de limitação.

Estão, os artigos 93, inciso III, e 94, § único, da lei suprema, assim redigidos:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....

III- o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

*Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIFMU, UNIP e da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru); Professor Honoris Causa da Faculdade de São João da Boa Vista-SP e da UNIFIEO (Osasco-SP); Professor Excelência da Universidade Väst Goldis e Doutor Honoris Causa da Universidade de Craiova (Romênia); Bacharel em Direito e Especialista em Direito Tributário e em Ciências das Finanças pela USP, Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie e Professor Titular Aposentado de Direito Econômico e Direito Constitucional na Universidade Mackenzie.

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

o que vale dizer, **impõe** sem qualquer espécie de restrição, para a judicatura ou exercício de quaisquer outras atividades inerentes aos Tribunais – administrativas, inclusive – a igualdade absoluta entre os magistrados, exceção feita ao percentual de 80%, magistrados de carreira, 10% vindos da Advocacia e 10% vindos do Ministério Público ¹.

Qualquer disposição, em ato normativo infraconstitucional, que pretenda introduzir a tese de que haveria magistrados superiores de 1^a. e 2^a. categorias, eliminando-se o inalienável e irredutível direito constitucional de os representantes da advocacia e do Ministério Público participarem de órgãos diretivos dos Tribunais, é de densa e manifesta inconstitucionalidade, pois mediante atos de hierarquia inferior, estabelecer-se-ia limitação que a lei suprema não admite.

Em outras palavras, não poderia nem a LOMAN, nem atos inerentes ao poder regulatório dos Tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça, instituir uma restrição desta natureza, não contida na Constituição.

Neste sentido, lembro-me de palestra ministrada pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, em Simpósio por mim coordenado sobre imunidades tributárias, em que insistia na técnica exegética de que os atos infraconstitucionais interpretam-se à luz da Constituição e não a Constituição, à luz dos atos infraconstitucionais:

¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta-o: “**Quinto constitucional:** Nos tribunais mencionados, um quinto dos lugares haverá de ser preenchido fora da carreira que é a magistratura. Com isto se pretendeu injetar nos tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do juiz.

Conforme defluiu da Constituição, um quinto dos lugares será preenchido de advogados e de membros do Ministério Público, com notório merecimento, idoneidade moral e dez anos pelo menos de efetiva atividade profissional”, continuando: “A Lei Orgânica da Magistratura houve por bem fixar o princípio da alternância. Nomeado, por exemplo, um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será de advogado. E assim por diante.

Assinale-se, por outro lado, que, segundo o entendimento tradicional, os que ingressam num tribunal através do quinto constitucional, embora se tornem desde então magistrados, não perderiam a origem para o efeito de acesso a outro tribunal e particularmente ao Tribunal de Justiça. Dessa forma, o magistrado componente de um tribunal de alçada, para o qual foi escolhido na qualidade de advogado para integrar o quinto, como advogado poderia ser selecionado para integrar a lista e, conseqüentemente, aceder na qualidade de advogado para integrar o quinto deste tribunal.

Esta interpretação foi repelida pela Lei Orgânica da Magistratura, de acordo com a qual o advogado ou membro do Ministério Público, uma vez investido como magistrado num tribunal, passa a pertencer à classe dos magistrados, concorrendo com os magistrados ditos de “carreira” para fins de promoção” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 2000, p. 485).

“E a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. Se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais” não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. **Porque a Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição**” (grifos meus)².

Lembro-me, também, que o Ministro Moreira Alves trouxe à colação voto do Ministro Soares Muñoz, segundo o qual sempre que a Constituição permita que seus princípios sejam explicitados por lei complementar ou ordinária, não podem estas criar restrições ou gerar obrigações não previstas na lei suprema:

“Mas o Ministro Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; **uma restrição que não está no texto constitucional**”. Isso significava dizer o que? Dizer: “Nem lei complementar, nem lei nenhuma, **pode impor uma restrição** a uma imunidade que decorre da Constituição”. (grifos meus)

De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: “**Não. Não pode, porque não é lei complementar**”. Mas dizia: “**Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional**” (grifos meus)³.

Em resumo, portanto, a lição dos eminentes ministros da Suprema Corte foi de que:

- 1) restrição não imposta pela lei suprema não pode ser imposta por lei ou ato infraconstitucional;
- 2) a lei suprema não pode estar subordinada à exegese do legislador inferior, naquilo que lhe aumente ou reduza o espectro de atuação;
- 3) qualquer ato ou lei deve ser sempre interpretado, à luz da Constituição.

² *Pesquisas Tributárias – Nova Série 5, Processo Administrativo Tributário*, co-ed. CEU-Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 31/32.

³ *Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 5, Processo Administrativo Tributário*, ob. cit. 2ª. ed., 2001, p. 31/32.

Não havendo, pois, como encontrar, na lei suprema, qualquer disposição – fora o percentual de composição dos membros dos Tribunais, conforme a classe de origem – que faculte a ato normativo ou lei a exclusão do direito de magistrados vindos da advocacia ou do Ministério Público de chegar à assunção do órgão especial das Cortes a que pertençam, tenho para mim que eventual legislação neste sentido fere, duramente, a Carta Maior da nação.

Não há magistrados de 1ª. e 2ª. categorias enunciados na lei suprema e quaisquer restrições impostas no sentido de criar essa distinção são de manifesta inconstitucionalidade⁴.

Macularia, por outro lado, o princípio da igualdade, que é a base do regime democrático de direito – tão relevante, que é reiterado em repetidos dispositivos – e colocado, em enfático pleonasma, três vezes, no “caput” e no inciso I, do artigo 5º, para dirimir quaisquer veleidades hermenêuticas. Estão, o artigo e seu inciso, assim redigidos:

“Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são **iguais** em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (grifos meus).

Não há democracia, sem isonomia, que exige tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais para gerar a igualdade, nos termos da contestação de Sócrates a Cálicles, no célebre diálogo “Gorgias” de Platão.

Ora, nos Tribunais, todos os magistrados são iguais, razão pela qual haveria fantástica violação à lei maior, se fossem tratados desigualmente, com base em critérios de preferência da maioria, que, em causa própria, imporia restrições à minoria.

Nos três livros editados em imerecida homenagem aos meus 70 anos – Bacon tinha razão ao dizer que a amizade multiplica as alegrias, divide as tristezas, mas é parcial – quase uma centena de juristas abordou, de forma diversa, o princípio da igualdade, tendo, todavia, havido consenso de que é princípio fundamental da lei maior. Não criticaram sequer a redação:

⁴ Alexandre de Moraes esclarece: “Previsão da regra implícita de 4/5 dos membros dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais estaduais serem da magistratura de carreira: O art. 94 da Constituição traz, além da regra expressa de 1/5 dos lugares dos TRFs dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios ser composto de membros do Ministério Público com mais de 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e na regra implícita que os restantes 4/5 deverão, obrigatoriamente, ser magistrados de carreira, que tenham ingressado no Poder Judiciário mediante concurso de provas e títulos. Dessa forma, será inconstitucional a lei ou ato normativo que estabelecer qualquer destinação ao preenchimento das vagas referente aos 4/5 dos membros dos TRFs e Tribunais estaduais, que não seja por membros da carreira da magistratura” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, ed. Atlas Jurídico, 2002, p. 1298).

“**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade,...”, pois entenderam que a repetição objetivou fortalecer princípio essencial, que está nos alicerces da Carta Magna⁵.

Não há como aceitar, neste primeiro aspecto, qualquer restrição à participação dos magistrados provindos do quinto constitucional de magistrados, nos órgãos especiais. Se restrição houver, em eventual futuro ato normativo ou na lei complementar, a fumaça do bom direito violado será de fantástica intensidade. Vale a expressiva imagem do Ministro Francisco Rezek – em julgamento, a que assisti no STF – que, ao detectar a violência à lei suprema, exclamou: *o – fumus boni iuris* – é tão intenso que me impede de enxergar os meus pares, sentados do outro lado do Plenário!”

Resta um segundo aspecto.

Conserva-se, em parte, o princípio anterior, de que o tribunal deverá ter, no

⁵ Foram eles: “**Princípios constitucionais fundamentais**” – estudos em homenagem ao Prof. Ives Gandra da Silva Martins (coordenação de Carlos Mário Velloso, Roberto Rosas e Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, prefácio de Oscar Corrêa, Lex Editora, São Paulo, 2005, 998 pgs., autores: Ada Grinover, Ademar Pereira, Francisco Pedro Jucá, Agostinho Tavelaro, Alda Bastos, Alexandre Coutinho Pagliarini, Almir Pazzianotto Pinto, Álvaro Villaça, Amauri Mascaro Nascimento, Américo Lacombe, André Costa Correa, André Ramos Tavares, Anna Maria Scartezzini, Antonio Carlos R. do Amaral, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio de Pádua Ribeiro, Antonio Manoel Gonçalves, Arnoldo Wald, Carlos Celso Oreesi da Costa, Carlos Mário Velloso, Carlos Miguel Aidar, Cássio Mesquita Barros, Cecília Maria P. Marcondes, Celso Lafer, Cláudio Lembo, Consuelo Yatsuda M. Yoshida, Damásio de Jesus, Dejalma de Campos, Diogo de F. Moreira Neto, Douglas Yamashita, Edson Luiz Sampel, Elizabeth Libertuci, Enrique Lewandowski, Ernane Galveas, Fábio Nusedeo, Fátima F. Rodrigues de Souza, Felix Ruiz Alonso, Fernanda Hernandez, Fernando do Couto Henriques Jr., José Rubens Andrade F. Rodrigues, Fernando Lobo D’Eça, Fernando Passos, Francisco de Assis Alves, Gastão Alves de Toledo, Gilberto Luiz do Amaral, Gilmar Mendes, Glória Maria Pádua Ribeiro Portella, Gustavo Miguez de Mello, Hamilton Dias de Souza, Heleno Taveira Torres, João Ibaixe Jr., José Arnaldo da Fonseca, José Augusto Delgado, José Eduardo Soares de Melo, José Pastore, José Renato Nalini, Kyoshi Harada, Leon F. Szklarowsky, Luis Antonio Flora, Luis Eduardo Schoueri, Mairan Maia, Manoel Gonçalves F. Filho, Marcelo Uchoa da Veiga Jr., Marcelo Borghi, Márcia Melaré, Luiz Antonio C. Miretti, Marilene Talarico M. Rodrigues, Milton Paulo de Carvalho, Misabel Derzi, Newton de Lucca, Ney Prado, Patrícia Tuma Bertolin, Paulo de Barros Carvalho, Paulo Restifffé Neto, Regina Helena Costa, Ricardo Lobo Torres, Roberto Rosas, Rubens Miranda de Carvalho, Sacha Calmon N. Coelho, Sebastião Alves dos Reis, Teori Albino Zavascki, Theophilus Azeredo Santos, Vera Lúcia Jucovsky, Vittorio Cassone e Wagner Balera); “**Tributação, Justiça e Liberdade**” – homenagem a Ives Gandra da Silva Martins (coordenadores Marcelo Magalhães Peixoto e Edison Carlos Fernandes, Ed. Juruá/APET, 2005, prefácio Alcides Jorge Costa, 703 pgs., autores: Adilson Rodrigues Pires, Agostinho Tofoli Tavelaro, André Elali, Angela Maria da Motta Pacheco, Cristiano Carvalho, Dejalma de Campos, Edison Carlos Fernandes, Edmar Oliveira Andrade Filho, Eduardo de S. L. Jobim, Eduardo Maneira, Fábio Soares de Melo, Fernando Facury Scaff, Gabriel Lacerda Troianelli, Guilherme Amorim Campos da Silva, Guilherme Cezaroti, Hugo de Brito Machado, Igor Mauler Santiago, José Augusto Delgado, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Soares de Melo, José Marcos Domingues de Oliveira, Kiyoshi Harada, Luciano Amaral, Luis Eduardo Schoueri, Marcelo de Lima Castro Diniz, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria de Fátima Ribeiro, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Matheus Bueno de Oliveira, Natanael Martins, Octavio Campos Fischer, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Paulo de Barros Carvalho, Paulo Lucena de Menezes, Ricardo Hiroshi Akamine, Ricardo Lobo Torres, Roberto Wagner Lima Nogueira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Tercio Sampaio Ferraz Junior, Thiago Degelo Vinha, Zelmo Denari); “**Digesto da Advocacia Gandra Martins**” – uma história de luta em defesa dos direitos da cidadania (Ed. Quadrante, 2005, 240 pgs., autores: Fátima Fernandes R.. de Souza, Cláudia Fonseca Morato Pavan, Francisco de Castro Rezek, José Ruben Marone, Marilene Talarico M. Rodrigues, Soraya David M. Locatelli).

órgão especial, os magistrados mais antigos da Corte. Só que preencherão apenas metade dele pela E.C. n. 45/05 ⁶.

O critério deverá ser, rigorosamente, o mesmo para sua composição. O critério do quinto constitucional há de ser respeitado no presente, como o foi no passado, pois os magistrados que chegarem ao órgão especial por antiguidade, ingressaram no mesmo período, independente da classe de origem. O que vale dizer, em princípio, 1/5 dos magistrados mais antigos do Ministério Público e Advocacia e 4/5 dos magistrados de carreira que ingressaram no mesmo período estarão preenchendo metade do órgão especial, rigorosamente, nos mesmos termos da legislação passada e da Constituição.

Desta forma, para metade do órgão especial a ser composto pelos magistrados mais antigos, deve-se manter os mesmos critérios, pois, correspondem também, pelo critério da antiguidade, em seu ingresso nos sodalícios, a 80% e 20% das classes de origem.

Resta o ponto referente à eleição, pelo colégio de todos os magistrados do Tribunal, dos membros que comporão a metade do órgão especial.

Neste particular, entendo que o quinto constitucional deverá ser respeitado, à luz da jurisprudência do STF, formatada na célebre Ação Direta de Inconstitucionalidade em que se discutiu a promoção dos magistrados do quinto originários dos Tribunais de Alçada, quando de seu ingresso no Tribunal de Justiça.

Na ADI 813-SP, decidiu o STF, nas palavras de Alexandre de Moraes, que:

“Posteriormente, porém, o STF pacificou a questão, ao julgar improcedente ação direta de inconstitucionalidade movida em face do art. 63, § 3º da Constituição do Estado de São Paulo (“Art. 63, § 3º. As vagas dessa natureza ocorridas no Tribunal de Alçada serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antiguidade e merecimento alternadamente, observado o disposto no art. 60”), definindo que as vagas correspondentes ao 1/5 constitucional nos Tribunais de Justiça serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à classe de origem (advogados ou membros do Ministério Público). Nesse sentido: STF — “Tribunal de Justiça. Tribunal de Alçada. Lista Sêxtupla. Constituição do Estado de São Paulo. Artigo 63, § 3. Constituição Federal. Artigo 93, III. Artigo 94. Os juízes do quinto constitucional, nos

⁶ Celso Ribeiro Bastos ensina: “Essa regra figura em nosso direito desde a Constituição de 1934, art. 104, § 6.º, tendo sofrido certas alterações nas Constituições que se seguiram. A atual, no preceito ora examinado, determina que, na composição dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, um quinto dos lugares será preenchido por membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional. A letra do preceito deixa clara a obrigatoriedade da representação nos Tribunais de ambas as categorias profissionais, vedando, por conseguinte, que somente uma delas venha a compor o quinto constitucional. A Lei Orgânica da Magistratura fixa como critério de preenchimento de vagas o princípio da alternância. Sendo nomeado um advogado, a próxima vaga será necessariamente preenchida por um membro do Ministério Público, e assim sucessivamente” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo II, Ed. Saraiva, 2000, São Paulo, p. 58/9).

Tribunais de Alçada, conservam, para promoção ao Tribunal de Justiça, a classe advinda da origem (CF, art. 93, III). Isto quer dizer que as vagas dessa natureza, ocorridas no Tribunal de Justiça, serão providas com integrantes dos Tribunais de Alçada, pertencentes à mesma classe, pelos critérios de antigüidade e merecimento, alternadamente. Nos Estados, pois, em que houver Tribunal de Alçada, não haverá listas sêxtuplas para o Tribunal de Justiça, dado que o ingresso neste, pelo quinto constitucional, ocorrerá naquela Corte, vale dizer, no Tribunal de Alçada. Interpretação harmônica do disposto no art. 93, III, e art. 94, da Constituição Federal. Constitucionalidade do § 3º do art. 63 da Constituição do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (STF — Pleno — Adin nº 813/SP — Rel. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção 1, 25/abr/1997, p. 15.197). Conferir, ainda: RTJ 129/955⁷, mostrando que, apesar de terem, rigorosamente, os mesmos direitos e prerrogativas dos magistrados de carreira, deveria ser respeitada a proporcionalidade do ingresso no Tribunal de Alçada, quando do ingresso no Tribunal de Justiça.

É de se lembrar que tal decisão mereceu embargos infringentes e de declaração, até vir a ser consolidada no sentido de que o princípio do quinto constitucional, na composição dos Tribunais, acompanha sempre a classe de origem do magistrado, razão pela qual, na composição dos Tribunais de Justiça, 1/5 dos magistrados deveria vir do Tribunal de Alçada, nos Estados em que esse tribunal existia.

Depois de alguma incerteza – havia duas decisões anteriores em ADIs – o STF estabeleceu, portanto, critério definitivo: ao ingressarem nos Tribunais, os membros da advocacia e Ministério Público transformam-se em magistrados com todos os direitos, sem restrições, devendo, todavia, ser respeitado, ao tempo dos Tribunais de Alçada, o percentual de integração correspondente ao quinto constitucional, na promoção para o Tribunal de Justiça.⁸

Ora, a composição da metade do órgão especial mediante eleição – que representa indiscutível promoção, visto que os desembargadores que o compõem têm atribuições de

⁷ Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional, ob. cit., p. 1300.

⁸ Na ocasião, representei ao Conselho Federal, pretendendo mostrar que, se houvesse a alteração jurisprudencial objetivada, a insegurança jurídica se instalaria. Em seu voto o Ministro-Relator, Carlos Mário Velloso, todavia, rechaçou com os seguintes argumentos: “Sr. Presidente, tenho voto escrito, mas antes de lê-lo, gostaria de dizer duas palavras em torno das brilhantes sustentações orais que foram feitas, principalmente em torno da magnífica sustentação produzida pelo eminente advogado do Conselho Federal das Ordens dos Advogados do Brasil, autor da ação, o Professor Ives Gandra da Silva Martins..., em linha de princípio, estou inteiramente de acordo com as palavras pronunciadas, na tribuna, pelo eminente Professor Ives Gandra. Na verdade, a segurança jurídica está, sobretudo, no direito proclamado pelos Tribunais, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, marcadamente verdadeiro em países onde há, na verdade, segurança jurídica e onde há Poder Judiciário na sua expressão perfeita, na sua exata expressão de poder. (...) É que o Judiciário determina, bem registra o saudoso Amílcar de Castro. o “critério por que o fato deva ser apreciado”, dado que o “juiz dita o direito aplicável ao caso concreto; e, portanto, para os interessados, praticamente, o direito vem a ser aquilo que diz o juiz ser o direito, uma vez que só vale o direito oficialmente acertado”(...) Oliver Holmes, que foi dos maiores juizes da Suprema Corte americana, citado por Walter Wheeler Cook (...), afirmou que “o direito subjetivo é a previsão do que seja a decisão de um tribunal num caso dado”..., há questões em que a segurança jurídica não está em manter servilmente um entendimento tomado anteriormente, mas, ao contrário, está justamente no seu reexame, em debatê-lo de novo” (tese de mestrado de Cláudia Pavan para a PUC-SP, “O controle da constitucionalidade e a segurança jurídica”, Faculdade de Direito, 2005, p. 265).

maior responsabilidade, inclusive administrativas – deve reger-se por idênticos princípios. Desta forma, sinalizou a jurisprudência do STF, quando do julgamento da ADI 813-SP, que na promoção se deve preservar o PERCENTUAL estabelecido pela LEI MAIOR relativamente à origem DOS JULGADORES VINDOS DOS TRIBUNAIS DE ALÇADA PARA OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. Deve, portanto, prevalecer o mesmo critério, se esta promoção decorrer do processo eletivo para o órgão especial, com o que o “espírito da Constituição”, que fez o legislador supremo impor a participação de todas instituições vinculadas ao Direito, na perfileção dos Tribunais Superiores, segundo percentuais constitucionais – ficaria preservado.

Seria até um contra-senso que magistrados advindos do Ministério Público e da Advocacia não pudessem mais concorrer ou ter assegurado, na composição de metade do órgão especial eleito, o mesmo percentual estabelecido na Constituição e consolidado na jurisprudência da ADI-SP 813. A restrição que se pretende introduzir, sobre ser inconstitucional, contrariaria, inclusive, a própria composição da Suprema Corte é composta de 4 magistrados de carreira (Enrique Ricardo Lewandowsky, Ellen Gracie, Cesar Peluso e Marco Aurélio de Mello) de 4 membros do Ministério Público (José Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa) e de 3 advogados (Eros Grau, Carlos Aires Brito e Nelson Jobim). Em sumária explicitação, no Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público e a Advocacia ofereceram 7 ministros e a magistratura apenas 4.⁹

Qualquer deliberação restritiva de direitos dos magistrados advindos da Advocacia ou do MP, portanto, sobre ser inconstitucional, representaria uma crítica evidente, do ponto de vista teleológico, à composição atual do Pretório Excelso.

Nestas brevíssimas considerações, entendo que, se houver qualquer decisão contrária ao direito dos magistrados que ingressaram nos Tribunais, cuja classe de origem era a Advocacia ou o Ministério Público, será manifestamente inconstitucional, podendo ensejar, por se tratar de ato normativo de Tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, ação direta de inconstitucionalidade, pelo Conselho Federal da OAB ou por parte do Procurador-Geral da República (artigo 103 da Constituição Federal)¹⁰.

⁹ O princípio da preservação da classe de origem na referida ADI foi realçado pelo Ministro Paulo Brossard: “A tese em debate vem sendo apreciada neste Tribunal faz mais de vinte anos; como advogado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, participei do julgamento das Representações 879 e 881, ocorrido em 13 de dezembro de 1972, quando a orientação impugnada na ADI 813-SP, veio a prevalecer. O eminente Advogado do Conselho Federal da Ordem, Professor Ives Gandra da Silva Martins, iniciou sua brilhante oração, salientando a importância da segurança jurídica e da manutenção da jurisprudência. Ninguém nesta casa ou fora dela contestaria a tese, nem sua justiça; essa necessidade é manifesta. Mas também é evidente que a desejada estabilidade não há de ser absoluta. Não faz muito, mudamos a jurisprudência relativa à responsabilidade penal dos prefeitos... A estabilidade é necessária? É. É louvável? É. Mas se o Tribunal se convence que deve mudar, por amor à jurisprudência não deve deixar de fazê-lo. Deve fazê-lo e deve ter a humildade de confessá-lo. Não é senão mudando que se corrige um entendimento menos feliz. Tomada uma posição mais ou menos acertada, se com o correr do tempo a Corte se convence de que outra solução melhor existe, ela tem o dever intelectual, moral, político, social de corrigir-se, mudando e assumindo a responsabilidade de mudança. Afinal de contas já se disse que *“sapientis est mutare consilium”* (grifos meus) (p. 267 da tese de Mestrado de Cláudia Pavan, já citada).

¹⁰ O artigo 103 da Constituição Federal está assim redigido: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)... VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;...”