

O PRINCÍPIO DO QUINTO CONSTITUCIONAL NA CARTA DE 1988 (*)

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR

Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e de Criminologia da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Ex-Procurador de Justiça. Advogado.

Aquilo que denominamos — princípio do quinto constitucional — não é novo no Brasil, nem, muito menos, vigora, exclusivamente, em nosso País.

No campo internacional, o princípio está consagrado, afora em outras, nas Constituições de Portugal, da Itália e da Espanha.

Em Portugal, a Lei Maior, em seu art. 220, nº 4, estabelece que “o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça faz-se por concurso curricular aberto aos Magistrados Judiciais e do Ministério Público e a outros juristas de mérito, nos termos em que a lei determinar”. O Estatuto dos Magistrados Judiciais de Portugal (1), regulamentando a norma constitucional, estabelece, no art. 52, nº 2, que a cada cinco vagas para o Supremo Tribunal de Justiça, três são preenchidas por Juízes da Relação, uma por Procuradores-Gerais-Adjuntos e uma por juristas de reconhecido mérito, sendo que a estes exige-se uma experiência profissional na carreira docente universitária ou na advocacia de, pelo menos, vinte anos (art. 51, nº 3, b).

A Constituição italiana, por sua vez (art. 106), dispõe que “por designação do Conselho Superior da Magistratura, podem ser chamados a desempenhar o cargo de Conselheiro da Corte de Cassação, por méritos insígnies, professores universitários de disciplinas jurídicas e advogados com quinze anos de exercício e registrados nos quadros especiais para as jurisdições superiores”. Com a entrada em vigor, em outubro deste ano de 1989, do novo Código de Processo Penal italiano, o número de Conselheiros do Tribunal de Cassação será elevado para 481 (2).

Já a Constituição espanhola, que, sabidamente influenciou a nossa, por força do comando emergente da norma contida em seu art. 122, nº 1, outorgou à Lei Orgânica do Poder Judiciário a disciplina da matéria. Cumprindo a determinação constitucional, a “Ley Organica del Poder Judicial” (3) estabelece que uma terça parte dos membros do Poder Judiciário, sejam Juízes, Magistrados ou Magistrados do Tribunal Supremo, será composta por juristas de reconhecida competência com mais de dez anos de exercício profissional (art. 301, nºs 1 e 2 c/c 311).

O legislador espanhol, escudado na doutrina de seu País elevou, de um quinto, para um terço, a participação de juristas na composição da carreira judicial, justificando, assim, tal atitude: “os fatos demonstraram que os mecanismos clássicos de seleção do pessoal judicante não permitem que a sociedade espanhola seja dotada de Juízes e Magistrados em número suficiente. Isso obrigou o legislador a recorrer a mecanismos complementares. Para tanto, a Lei Orgânica prevê um sistema de investidura na carreira judicial de juristas de reconhecido prestígio. Isso permite, em primeiro lugar, fazer frente às necessidades e cobrir os claros, que, de outra maneira, não poderiam ser preenchidos; em segundo lugar, permite incorporar a uma função tão relevante quanto a judicial, pessoas que, em outros campos da atividade jurídica, demonstraram estar em condições de oferecer capacidade e competência reco-

nhedidas; por último, obter, entre a carreira judiciária e o resto do universo jurídico, a osmose que, seguramente, beneficiará a judicatura, quando a esta se incorporam pessoas, que, por terem exercido o Direito em outros setores, trazem perspectivas diferentes e sensibilidades distintas para uma atividade que se caracteriza pela riqueza conceitual e a pluralidade de enfoques" (4).

Resumindo: fora do Brasil, o princípio em exame objetiva: a) "arejar" a função judicial; b) incorporar a ela pessoal reconhecidamente de alto nível e, c) complementar os quadros judicantes.

Além disso, a experiência internacional ensina que os juristas que ingressam na Magistratura profissional pela via em estudo, incorporam-se, definitivamente, à carreira judicial, tanto assim, que a Constituição espanhola, na norma já mencionada, declara, expressamente, que a Magistratura forma "um corpo único". O professor universitário, o membro do Ministério Público e o advogado investidos nos quadros judicantes passam a integrar a Magistratura, perdendo, com a posse, qualidade profissional que anteriormente ostentavam. O advogado investido na Magistratura não é um representante de seu Colégio no Tribunal para o qual foi indicado, mas, sim, um magistrado, com os mesmos direitos e deveres dos demais.

Aliás, esse entendimento se ajusta às conclusões do Colóquio de Berna, preparatório da terceira seção do XIV Congresso Internacional de Direito Penal, uma das quais recomenda que os "Estados deverão assegurar a igualdade de todos os magistrados durante a evolução da carreira" (5).

Feitas essas observações, vejamos como o princípio do quinto constitucional evoluiu no Brasil.

Ele surgiu com a Constituição de 1934. O art. 104, § 6º da nossa segunda carta republicana, estabelecia que um quinto do número total da composição dos Tribunais Superiores dos Estados seria preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada.

Já nesse primeiro momento, a Constituição fixava que tal composição seria obrigatória em todos os Tribunais Superiores estaduais. Não exigia, entretanto, a alternância de nomeação entre advogados e membros do Ministério Público. Assim, o "quinto" poderia ser composto, exclusivamente, por advogados, ou, apenas, por representantes do "Parquet", ou, ainda, de forma mista.

O princípio foi enunciado, quase "ipsis literis", pelo art. 105, da Carta Constitucional de 1937. Durante o Estado Novo, porém, abusos foram cometidos.

Para evitar tais inconvenientes, uma vez restaurada a normalidade democrática, a Constituição de 1946 aprimorou o princípio estabelecendo, em seu art. 124, nº V, que: "na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados e membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, com dez anos, pelo menos, de prática forense. Para cada vaga, o Tribunal, em sessão e escrutínio secretos, votará lista tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado."

Foi, portanto, a Constituição de 1946, que fixou as características definitivas do princípio, dentre as quais se destacam a idéia de rotatividade; a escolha de, apenas, duas classes de profissionais do Direito, a dos advogados e a do Ministério Público para participar do "quinto", e a obrigatoriedade deste ser aplicado a todos os Tribunais estaduais de segundo grau de jurisdição.

Verifica-se assim, que o Brasil trilhou o mesmo caminho de outras legislações,

ao reconhecer que o princípio do “quinto” tem por objetivo: a) abrir as portas dos Tribunais para receber pessoas oriundas da advocacia e do Ministério Público, que, obviamente, possuem perspectivas e sensibilidades específicas; b) convocar pessoal de já comprovada competência, face à exigência de dez anos de prática forense, e c) completar as vagas existentes.

A ditadura militar não inovou na matéria. Tanto assim, que a Carta de 1967 manteve todas as regras da Constituição de 1946, alterando, entretanto, aquela da rotatividade, ao estabelecer que as vagas do Ministério Público somente poderiam ser preenchidas por seus membros e as da advocacia, por advogados. A representação paritária entre as duas classes saiu, portanto, fortalecida (6). As Emendas nº 1, de 1969 e nº 7, de 1977, salvo pequenas modificações de redação, mantiveram o princípio nos moldes de 1946 e 1967 (7). Cabe esclarecer, entretanto, que a Carta de 1967 acrescentou ao texto de 1946, uma expressão bastante esclarecedora, ou seja, que os indicados estejam no “efetivo exercício da profissão”.

Esse pequenino acréscimo foi suficiente para impedir que prosperasse interpretação, que se pretendeu dar, segundo a qual os advogados e membros do Ministério Público nomeados para os Tribunais de Alçada poderiam ser promovidos para os Tribunais de Justiça nas vagas do “quinto”.

Foi em contemplação disso, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no art. 100 estatuiu: “Na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense” e, no § 4º do mesmo artigo, acrescentou: “os juízes que integram os Tribunais de Alçada somente concorrerão às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados”.

O então Ministro da Justiça, na Exposição de Motivos nº EM/GM 0185, de 26.5.78, que acompanhou a Mensagem nº 181, de 1978, com a qual o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Orgânica da Magistratura Nacional, assim justificou a disposição acima transcrita: “Assim, o art. 96, § 4º, a prescrever que concorrem, os Juízes integrantes dos Tribunais de Alçada, para acesso ao Tribunal de Justiça, somente às vagas correspondentes à classe dos Magistrados, com o que se visa a pôr fim à discussão sobre se os Juízes daqueles Tribunais nomeados dentre advogados e membros do Ministério Público, podem ter acesso ao Tribunal de Justiça em vaga reservada a Magistrado, ou somente em vaga deixada por representante das classes dos advogados e do Ministério Público.”

“A norma pretende guardar fidelidade ao sentido da Constituição, art. 144, IV, em que os Juízes componentes dos Tribunais de Alçada concorrem às vagas, no Tribunal de Justiça, correspondentes à classe dos Magistrados. Não podem os Juízes concorrer às vagas do quinto constitucional, ainda que, para integrarem o Tribunal de Alçada, hajam sido recrutados entre os advogados e membros do Ministério Público, pois a Constituição estabelece estejam no Efetivo Exercício da Profissão, ou do cargo na carreira do Ministério Público, à época da escolha e da nomeação, aqueles que ocuparão, em qualquer tribunal de segundo grau de jurisdição, os lugares reservados a advogados e membros do Ministério Público. Advogado e membro do Ministério Público nomeados para Tribunal de Alçada, após empossados, são Juízes, togados e vitalícios. Os membros do Tribunal de Alçada são Juízes, não são advogados, nem membros do Ministério Público, em efetivo exercício da profissão.

Exatamente por serem Juizes, são proibidos de advogar. Se foram inscritos na OAB, sua inscrição cancelou-se, no preciso momento em que passaram a compor o Tribunal de Alçada. Logo, não podem concorrer ao acesso ao Tribunal de Justiça se não nas vagas correspondentes aos quatro quintos dos lugares reservados aos Juizes, pois o quinto restante "será preenchido por advogados, em efetivo exercício da profissão, e membros do Ministério Público...". Podem ter composto o quinto do Tribunal de Alçada como advogados e membros do Ministério Público, mas, a partir daí, são Juizes."

"A norma, como projetada, garante que advogados e membros do Ministério Público ingressem diretamente nos Tribunais de Justiça e constituam fator de equilíbrio na composição do Tribunal e nas suas decisões, como é, indubitavelmente, a vontade da Lei Maior, objetivo que não se alcança, se as vagas destinadas às duas classes se preencham por ex-advogados e ex-membros do Ministério Público, depois de passarem muito tempo nos Tribunais de Alçada, desvinculados de suas origens, transfigurados em Juizes, à imagem e semelhança dos outros, com que conviveram anos diuturnamente."

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, pelos fundamentos de seu Projeto e, obviamente, por seu texto, parecia ter pacificado, definitivamente, a matéria, eliminando quaisquer incertezas, pois dava firmeza a toda a elaboração constitucional do princípio, que, por sua vez, como já vimos, deita suas raízes em bases internacionais.

Assim, chegamos à Constituição de 1988. Esta aperfeiçoou, ainda mais, o princípio do "quinto" dando-lhe dignidade extraordinária, bastando, para provar isso, dizer, que além de mantê-lo para a Justiça Estadual, aplicou-o, também, aos Tribunais Regionais Federais e elevou-o à categoria de "terço", à semelhança da Espanha, quando tratou da composição do Superior Tribunal de Justiça. Neste, uma terça parte dos lugares será distribuída, em partes iguais e alternativamente, entre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, indicados na forma do art. 94 (8).

No que se refere aos Tribunais Regionais Federais, o "quinto" foi instituído, estabelecendo o art. 107, I, que essa fração de seus componentes será ocupada por "advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira."

A regra específica do artigo supra transcrito nada mais é, senão, a reiteração da norma geral contida no art. 94 e seu parágrafo único, da Constituição em vigor, que, destacadamente, assim ordena:

"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 tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação."

A norma do art. 94, sem dúvida importa num extraordinário avanço em relação ao critério de seleção dos candidatos, pois ao entregar a indicação aos órgãos de

representação da advocacia e do Ministério Público eliminou sérios inconvenientes do sistema anterior, dentre os quais se destacava a possível subserviência de alguns aspirantes à nomeação, aos senhores do dia no Judiciário e no Executivo. Além disso, reduziu bastante a possibilidade de nomeações puramente políticas.

A reforma constitucional, a despeito do aprimoramento do princípio do “quinto”, com seus conseqüentes benefícios para a sociedade, possuiu, também, os seus efeitos perversos, estes resultantes da redação equívoca da parte final do art. 93, III, que dá oportunidade a interpretações que visam reduzir os efeitos da vontade constitucional. Vejamos.

O art. 93, III, fixou que: “o acesso aos Tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, de acordo com o inciso II e a classe de origem”.

A última parte do texto transcrito reacendeu velhas pretensões, que pareciam haver morrido com a LOMAN, segundo as quais, nos Estados, o ingresso de advogados e membros do Ministério Público na carreira judicial dar-se-ia, apenas, através dos Tribunais de Alçada, vedada a aplicação do princípio do “quinto”, quando se tratar de vagas para os Tribunais de Justiça, pois tais cargos seriam completados pelos juízes de alçada oriundos do quinto, mediante investidura derivada, isto é, por promoção, dentro das respectivas classes de origem.

Esse entendimento, a nosso juízo, fere, frontalmente, a letra, o espírito e o sistema da Constituição e viola direitos público e privados.

Afirmamos que a interpretação supra mencionada fere a letra da Constituição, inicialmente, porque fundada no art. 93, III que, a nosso juízo, não trata de matéria relativa ao “quinto” e, sim, tão-somente, de problemas da “economia interna” da Magistratura, ou seja, ligados aos critérios de promoção de seus membros. O princípio do “quinto” está estabelecido no art. 94 e não em outro.

Ademais disso, a Constituição exige que os indicados, sejam advogados ou representantes do Ministério Público, estejam, no momento da nomeação, no efetivo exercício de suas atividades profissionais, há mais de dez anos. Pois bem, quem já foi nomeado e empossado no cargo de juiz de Tribunal de Alçada não está mais na carreira da Promotoria, nem exercendo a advocacia.

Para rematar, há, ainda, um argumento puramente técnico de extraordinária relevância. Trata-se da norma contida no parágrafo único do art. 94. Ali se estabelece que o princípio do “quinto” se implementará por nomeação do indicado e escolhido, por parte do Poder Executivo. Pois bem, a palavra nomeação, em Direito, possui sentido específico, ou seja, é um ato de investidura administrativa originária. Por investidura administrativa, segundo Hely Lopes Meirelles (9) “se entende aquela que vincula o agente a cargo, função ou mandato administrativo, atendidos os requisitos de capacidade e idoneidade que a lei estabelecer”. Por outro lado, o grande administrativista pátrio, à pág. 57 de seu Direito Administrativo Brasileiro, esclarece que “investidura originária” é “a que vincula inicialmente o agente ao Estado, tal como a primeira nomeação para cargo público”.

Já investidura derivada, nas palavras do mesmo mestre e no mesmo local, “é aquela que se baseia em anterior vinculação do agente com a Administração, como a promoção...”

Eis os fundamentos pelos quais entendemos que a interpretação, que se vem ten-

tando estabelecer para a via de ingresso de advogados e membros do Ministério Público na Magistratura estadual de segunda instância, fere, frontalmente, a letra da Constituição.

Pensamos, ainda, que a aludida interpretação agride, também, o espírito de nossa Lei Maior, porque, como vimos através da evolução histórica, todas as nossas Constituições, desde a de 1934, enveredaram pela rota das Constituições estrangeiras citadas, ou seja, que a atividade jurisdicional de segundo grau deve ser periodicamente "arejada" pela investidura de profissionais de outras áreas do Direito, que tragam, como já foi dito, perspectivas novas e outras sensibilidades. Assim, o espírito da Constituição estaria sendo violado, caso o princípio não vigorasse para os mais altos Tribunais estaduais, pois estes não estariam sendo "arejados" e, sim, recebendo pessoal cujas antigas perspectivas e sensibilidades poderiam ter-se perdido no crisol do tempo.

O sistema constitucional também é ferido pela interpretação em tela.

A Constituição brasileira, em matéria de organização do Poder Judiciário, estabeleceu um sistema, no qual, a Magistratura profissional possui, apenas, o monopólio das hierarquias inferiores do Judiciário. Em nosso sistema, à medida que se sobe na pirâmide do Poder, nota-se um aumento na convocação de indivíduos alheios à carreira judicial para compor os Tribunais. Aos juízes profissionais compete, com exclusividade, apenas, a justiça de primeiro grau.

Na esfera federal, um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais é ocupado por "extraneus". No Superior Tribunal de Justiça esse número se eleva para um terço. No Superior Tribunal do Trabalho e nos Tribunais Regionais essa participação é de pouco mais de um terço. Nos Tribunais Eleitorais, de pouco menos de um terço. No Superior Tribunal Militar, de mais da metade, dentre os Ministros civis e, finalmente, no Supremo Tribunal Federal, da totalidade dos Ministros.

Pois bem, se assim é na esfera federal, não teria sentido que no âmbito estadual as coisas se passassem de maneira diferente, ou seja, que o Tribunal situado no topo da pirâmide, o Tribunal de Justiça não ficasse sujeito a receber em seus quadros pessoas diretamente originárias da advocacia e do Ministério Público.

Além disso tudo, a interpretação que estamos criticando agride o direito de advogados e membros do Ministério Público de concorrer às vagas do Tribunal de Justiça, bem como, o da OAB e do Ministério Público de indicar os candidatos e o do Poder Executivo de nomear um dos componentes da lista tríplice.

Finalmente, "mutatis mutandis" podemos dizer que os Tribunais Regionais Federais estão para o Superior Tribunal de Justiça, assim como os Tribunais de Alçada estão para os Tribunais de Justiça. Pois bem, na composição do Superior Tribunal de Justiça o terço destinado aos magistrados de carreira a lei não distingue entre magistrados regionais e desembargadores oriundos ou não do quinto. O fato de a Constituição não estabelecer essa distinção, quando se trata da composição do S.T.J., induz à idéia de que a nossa Lei Magna considera a Magistratura, como o fez a Constituição espanhola, um "corpo único".

Em conclusão. Entendemos que o ingresso de membros do Ministério Público e advogados na Magistratura estadual de segundo grau de jurisdição, por força do princípio do quinto constitucional, deve se dar, tanto pelo Tribunal de Alçada, quanto pelo Tribunal de Justiça e que esses profissionais do Direito, uma vez nomeados e empossados, passam a integrar a carreira judicial, que constitui um corpo único.

Os Magistrados, assim investidos, não são representantes, travestidos em julgadores, das classes a que pertenceram. São, como se disse, Magistrados, com os mesmos direitos e deveres dos demais e, por isso, sujeitos às regras estabelecidas na lei para a progressão funcional. Entendemos, também, que o art. 93, III da Constituição, pelos motivos já expostos e, até, por questão de topografia legal, não é matéria reguladora do princípio do “quinto”, não podendo, por isso, exercer função limitada. O “quinto” está regulado no art. 94 e seu parágrafo único da Constituição de 1988.

NOTAS

- * — Exposição feita durante a VI Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro — Congresso Victor Nunes Leal, em 27 de julho de 1989. Rio de Janeiro.
- 1 — Lei n° 21, de 30.7.85. Boletim do Min. da Justiça, 7/8 de 85.
- 2 — Le norme per l'adeguamento dell'ordinamento Giudiziario al Nuovo Processo Penale. Dec. Presidencial 449 de 22.9.88, no volume “Le norme del nuovo Processo Penale”, Giuffrè, Milão, 1988, pág. 241.
- 3 — Lei n° 6, de 1/7/85, no volume “Boletín de Información”, 2ª Época, ano VII, número extraordinário, Madrid, outubro de 1987, edição do “Consejo General del Poder Judicial”.
- 4 — Exposição de Motivos da Lei Orgânica do Poder Judiciário, na obra citada na nota anterior.
- 5 Enquete Preparatória da questão n° III, do XIV Congresso Internacional de Direito Penal, sobre o tema: “As relações entre a organização judiciária e o processo penal”. Berne, 14 — 16 de abril de 1988, organizado pelo Grupo Suíço da A.I.D.P.
- 6 — Art. 136, IV.
- 7 — Art. 144, IV.
- 8 — Art. 104, II.
- 9 — HELY LOPES MEIRELLES: Direito Administrativo Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, 13ª edição, 1987, pág. 56.