

Considerações sobre o surgimento do quinto constitucional no Brasil

Em breve esboço histórico (1), constata-se que a reserva de lugares de tribunais a advogados e membros do Ministério Público surgiu, na ordem jurídica brasileira, na Constituição de 1934, ao disciplinar a composição dos tribunais locais: “*Artigo 104 – Compete aos estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos artigos 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, e ainda os princípios seguintes:*

(...)

Parágrafo 6º – Na composição dos tribunais superiores serão reservados lugares, correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público de notório merecimento e reputação ilibada, escolhidos de lista tríplice, organizada na forma do parágrafo 3º”.

Alterava-se, desse modo, o princípio da primeira Constituição Republicana que, atenta ao postulado da ‘soberania’ dos Estados-membros, lhes deixara intocada a possibilidade de dispor sobre a organização de suas cortes de Justiça. (2)

A introdução, em texto constitucional, da previsão da reserva de parte dos postos dos tribunais a não juízes de carreira teve, por antecedente, o anteprojeto da chamada Comissão do Itamaraty, cujo artigo 49, parágrafo 10, propunha:

“*Artigo 49 (....)*

Parágrafo 1º. (...) e) composição do Tribunal da Relação, na proporção de dois terços dos desembargadores escolhidos entre os juízes de direito, sendo um terço por antiguidade e outro por merecimento, mediante lista tríplice, enviada em cada caso pelo Tribunal ao presidente do Estado, e o terço restante composto de juristas de notório saber e reputação ilibada, mediante lista tríplice, enviada em cada caso pelo Tribunal ao presidente do Estado, podendo ser nela também incluído um juiz (...)”

A inovação da Carta de 1934 veio a ser mantida, com nuances, como analisaremos, nos textos constitucionais posteriores. (3)

A matéria nunca recebeu, contudo, atenção maior da doutrina, permanecendo algumas dúvidas, que devem ser enfrentadas, tal como a referente à natureza e critérios do ato de constituição da lista destinada ao preenchimento dos cargos reservados. Primeiramente, deve ser salientado que a inovação do constituinte brasileiro de 1934 atendia à crítica que se fazia ao engessamento da magistratura de carreira, refratária à intromissão, nos tribunais, de juízes estranhos aos seus quadros.

Nessa moldura, restou pacífico o entendimento de que a a cada tribunal incumbiria, livremente, a elaboração das listas tríplices, dentre membros do Ministério Público ou da advocacia, conforme a destinação de cada vaga, listas essas a serem encaminhadas ao chefe do Poder Executivo.

Pondera, no entanto, Sepúlveda Pertence (4) que, apesar de, à época, algumas teses, *de lege ferenda*, já preconizassem fosse conferido ao MP e à OAB, conforme o caso, a elaboração das listas, certo é que, sob os textos constitucionais anteriores a 88, só uma vez chegou ao Supremo Tribunal Federal a questão da validade da subtração, ao Tribunal de Justiça, do poder de composição das listas para o provimento do *quinto* (4).

A Constituição Federal de 1988, procurando aprimorar o sistema, acolheu sugestão da Comissão Afonso Arinos, referente à fórmula de compartilhamento de poderes entre a instituição ministerial, a entidade corporativa e os órgãos judiciários, na seleção dos candidatos, estipulando, em seus artigos 94, parágrafo único; 104, parágrafo único, e inciso I; e 107, e inciso I:

“Artigo 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 subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Artigo 104. (...)

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

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

.....

Artigo 107. Os Tribunais Regionais Federais compõe-se de, no mínimo, 7 juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de 30 anos e menos de 65 anos, sendo:

I – um quinto dentre advogados com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de 1º anos de carreira.

II – (...).”

Esta modificação não ficou, entretanto, imune a críticas.

Nesse sentido, invoca o próprio Sepúlveda Pertence (5) a antiga lição, de João Mangabeira, de que a

solução ora vigente poderia, por vezes, mostrar-se pior do que a fórmula anterior de cooptação judiciária, já que sua prática acarretaria ‘a introjeção deletéria, dos ‘seus corrilhos e suas egrejinhas’ da política classista na eleição das listas sêxtuplas’. E arremata aquele Ministro:

“21. O certo é que esta [fórmula], a da Constituição da República, influiu decididamente na direção da solução dita ‘corporativista’: nela, a seleção originária dos candidatos ao ‘quinto’ se transferiu — em relação aos textos constitucionais anteriores — dos tribunais para ‘os órgãos de representação do Ministério Público e da advocacia’ —, incumbidos da composição das listas sêxtuplas — restando àqueles, os tribunais, o poder de reduzir a três os seis indicados pelo MP ou pela OAB, para submetê-los à escolha final do Chefe do Poder Executivo.

22. Isto, é verdade, implica dizer que à corporação do Ministério Público ou da advocacia, conforme o caso, é que a Constituição atribuiu o primeiro juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes que indica para o ofício da judicatura de cujo provimento se cogita.

23. O que, entretanto não significa asserir esteja o Tribunal respectivo de mãos atadas — isto é, fatalmente, estrangido a escolher três dentre o sexteto que receba, se tiver razões objetivas para recusar, a algum, a alguns ou a todos eles, as qualificações pessoais reclamadas pelo art. 94 da Constituição: assim, parece inquestionável o poder de o Tribunal recusar-se a compor a lista tríplice dentre os seis indicados, se um ou mais destes não contar com mais de dez anos de carreira no Ministério Público ou de efetiva atividade profissional na advocacia.

24. É dizer: o poder do Tribunal competente não se reduziu à escolha cega de três nomes dentre quaisquer dos seis que lhe sejam indicados, não obstante careça algum deles, objetivamente, de alguns dos pressupostos constitucionais à investidura pretendida.

25. Nessa hipótese — a de falta, em relação a qualquer dos seis candidatos indicados pela classe, de requisito constitucional para a investidura à qual seja proposto — estou em que ao tribunal envolvido jamais se há de reconhecer o poder de substituir a lista sêxtupla encaminhada pela respectiva entidade de classe por outra lista sêxtupla, que o próprio órgão judicial componha, ainda que seja o sexteto constituído por nomes indicados pelas corporações para vagas diversas do ‘quinto constitucional’.

26. Nessa hipótese, a solução harmônica à Constituição será a devolução motivada da lista sêxtupla à corporação da qual emanada, para que a refaça, total ou parcialmente, conforme o número dos candidatos desqualificados: dissentindo a entidade de classe, a ela restará questionar em Juízo, na via processual adequada, a rejeição parcial ou total do tribunal competente às suas indicações”. (6)

Conclui-se, destarte, que, na atual ordem constitucional, a opção feita fortaleceu as instituições do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, ao atribuir-lhes competência para eleger os nomes, que integrarão a lista a ser encaminhada ao Poder Judiciário. Sobre esse ponto, cabe ressaltar que a escolha dos integrantes da lista sêxtupla constitui ato político-institucional.

Trata-se de formulação de juízo de valor positivo atinente à qualificação dos seis nomes para o ofício da

judicatura, com subordinação aos princípios da moralidade, impessoalidade e razoabilidade. Sobre o caráter *político-institucional* de tal juízo, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, em caso referente à escolha, de Conselheiro de Tribunal de Contas, por Assembléia Legislativa:

“Nomeação de membro do Tribunal de Contas em vaga da Assembléia Legislativa, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ato administrativo de natureza complexa, tanto que sua interação exige a participação do Chefe do Executivo e a escolha pelo Legislativo, dois Poderes do Estado, os quais, juntamente com o Judiciário, devem atuar de modo independente e harmônico entre si (CF, art. 2º). Privativa do poder legislativo, a escolha é um ato político e, portanto, discricionário, nada obstante a sua vinculação às diretrizes do § 1º do art. 128 da constituição estadual, corolário da simetria imposta pelo art. 75 da Carta Magna. Idoneidade moral e reputação ilibada, dois dos requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao Legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são constitucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação ilibada, ‘in casu’, são políticos e pertencem privativamente à Assembléia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação ‘interna corporis’. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembléia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insuscetíveis, dessarte, ao controle do Poder Judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no art. 3º da Carta da República. Inconcebível que o Judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do Legislativo pelos seus sabidamente técnicos. Muito menos por aqueles que envolvam apenas o subjetivismo do magistrado, às vezes emanção de sua formação filosófica e cultural. Embora uma conquista da evolução do direito público, a idéia de ampliação do controle jurisdicional do ato administrativo, sob cuja égide se costuma apregoar sempre o dever de anular-se o praticado de forma ilegal ou atentatório à moralidade administrativa, não pode alçar-se ao ponto de justificar e estimular, aos eflúvios de multifários argumentos e critérios empíricos, não raro impregnados de subjetivismos e preconceitos, a intromissão do poder jurisdicional na atuação dos demais poderes. O Judiciário precisa conservar-se no seu papel institucional de guardião do direito, segurança única da preservação do Estado de Direito, como Marshall já alardeava, donde competir-lhe, tão-somente, o exame dos aspectos jurídicos do ato administrativo ou legislativo, nunca o seu mérito. Na espécie – escolha de conselheiro para o Tribunal de Contas do Estado em vaga pertencente à Assembléia -, ao Judiciário só seria legítimo anular, não o ato de nomeação, mas, antes, o de escolha (não se olvidar que a vaga é da Assembléia, sendo-lhe privativa, interna corporis, a indicação), se o escolhido fosse, inequivocamente, um elemento de conduta social reprovável e desprovido de condições morais para o exercício do cargo, isto tudo comprovando-se por situações concretas e objetivas, v.g., condenações criminais infamantes anteriores à indicação, e não por campanhas sensacionalistas veiculadas por jornais, baseadas em acusações de cunho notoriamente político-partidário e de adversários e desafetos pessoais (Pet. 1508/RJ- Rel. Ministro Marco Aurélio).”

Nessa moldura, o mérito, no sentido do termo em sede de estrutura do ato jurídico, não pode ser outro, que não o próprio merecimento de cada um dos candidatos, ao longo de sua vida funcional e profissional, desde que respeitados os princípios gerais, que devem informar a prática dos atos administrativos *lato sensu*.

Por outro lado, é importante frisar que, na composição da lista, cumprido o requisito constitucional, no caso do Ministério Público, aquele referente aos 10 anos de carreira, não é possível a utilização de critério, meramente temporal, como, por exemplo, o da antiguidade, para o estabelecimento de distinção entre os candidatos. O tempo de serviço é pressuposto para admissibilidade da inscrição: ou se atende ao mesmo, ou não, tendo em vista tal fim; mas, fora disso, seu emprego caracteriza vício jurídico, a macular a higidez do ato.

Outro não é o posicionamento de membros do Conselho Nacional do Ministério Público, que, sobre o procedimento e os critérios a serem seguidos pelos Conselhos Superiores do Ministério Público, para a formação da lista sêxtupla, destinada à escolha de membro para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça, externaram seu pensamento de que é inválida a utilização da antiguidade, como indicador único da qualidade profissional, a determinar a seleção dos interessados (Processo 759/08).

A adoção de tal entendimento é que justifica Recomendação 2, de 19 de abril de 2007, aprovada pelo mesmo Conselho Nacional do Ministério Público, no sentido de que, na formação de lista sêxtupla para preenchimento de vagas do quinto constitucional em tribunais, é obrigatória licença prévia dos membros dos Conselhos Superiores, quando pretenderem a elas concorrer.

Se o balizamento decisório fosse o elemento, de índole inquestionavelmente objetivo, da antiguidade, não se explicaria tal incompatibilidade.

A mesma linha está presente em decisões anteriores do CNMP, nas quais se proibiu que os Conselhos Superiores do MP adotassem, sempre, como fundamento para os atos de promoção ou remoção de membro do *Parquet*, a antiguidade, com exclusão da alternância com o parâmetro do merecimento; já que isso, além de afrontar os ditames legais, significava *capitis deminutio* para aquele órgão, que deverá, no exercício pleno de seus poderes-deveres, indicar, quando for a hipótese, os candidatos que, por mérito, fazem jus à remoção ou promoção.

Em face de sua relevância institucional, o assunto veio a ser disciplinado pelo próprio Conselho por meio da Resolução 2, de 21 de abril de 2008, nos seguintes termos:

“Artigo 1º. As promoções e remoções por merecimento de membros do Ministério Público da União e dos Estados serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada.

Artigo 2º. O merecimento será apurado e aferido conforme o desempenho e por critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício das atribuições e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

Parágrafo único. É obrigatória a promoção do membro do Ministério Público que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

Artigo 3º. No prazo de 120 (cento e vinte) dias, os Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos deverão editar atos administrativos, disciplinando a valoração objetiva dos critérios, para efeito de promoção e remoção por merecimento dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, considerando:

I – o desempenho, produtividade e presteza nas manifestações processuais;

II – o número de vezes em que já tenha participado de listas;

III – a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, atribuindo-se respectiva graduação, observados, para efeito de participação nesses cursos, critérios de isonomia e razoabilidade, respeitado sempre o interesse público” (7)

Ora, se tal postura é exigida, quando estamos tratando de progressão interna no próprio Ministério Público, *a fortiori* é ela imperativa quando está em tela o acesso a uma outra carreira; no caso, a da magistratura.

É interessante realçar a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal segundo a qual é inconstitucional a utilização do critério de antiguidade, até mesmo para o efeito de desempate em procedimento de promoção por merecimento (ADIN nº 189-RJ, Relator Ministro Celso de Mello; RTJ 138: 371; RDA 188: 99).

O acerto da tese de repulsa à utilização, nessas hipóteses, do critério de *antiguidade*, reside em que a adoção desse parâmetro jamais poderia ser entendida como forma de autovinculação. Constitui, diversamente, desvio do balizamento que deve presidir à prática do ato, configurando-se eiva insanável do motivo hábil para embasá-lo: obrigatoriamente, o merecimento funcional e profissional.

Conjugando-se o fato de que o requisito constitucional, para que os membros do MP possam concorrer, são os 10 anos de carreira; e que o critério de antiguidade está excluído, não se sustenta o que podemos qualificar como *preconceito*, consistente no pretender-se limitar o conjunto elegível à classe dos Procuradores de Justiça, em detrimento da dos Promotores de Justiça. (8)

Finalmente, gize-se que, também no âmbito da OAB, prevalece, na indicação, em lista sêxtupla, de advogados para integrar os tribunais, o critério de mérito, como se vê no Provimento nº 102/04, de 09.03.04, do Conselho Federal da corporação.

Distingue o ato regulatório entre, de um lado, ‘*condição para inscrição no processo seletivo*’, pelo advogado; qual seja, ‘*o efetivo exercício profissional da advocacia nos 10 (dez) anos anteriores à data do seu requerimento*’; e, de outro, os requisitos ligados: (a) à ‘*reputação ilibada*’, comprovada mediante certidões negativas, a que se acresce ‘*compromisso de defesa da moralidade administrativa, inclusive de que não praticará direta ou indireta o nepotismo*’;

assim como (b) ao 'notório saber jurídico', aferido em argüição', que 'terá em vista aferir o conhecimento do candidato a cerca do papel do advogado como integrante do quinto constitucional, da competência atribuída ao Tribunal que pretendem integrar, dos princípios que devem nortear as relações entre advogados, juízes, membros do Ministério Público e serventuários, bem como dos problemas da advocacia e da magistratura, em geral.'

Referências

1. Sobre o tema, confira-se, especificamente, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertende, no MS 25.624/STF.
2. Cf. nas Constituições: de 1937, art. 105; de 1946, art. 124, V; de 1967, art. 136, IV; com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 144, IV; de 1988, arts. 94, e parágrafo único, 104, parágrafo único, e nº I, e 107, e nº I.
3. MS 25.624/STF, cit.
4. Rp 813, 13.05.70, em que era Relator o saudoso Ministro Thompson Flores, mediante a qual se impugnava, entre outras, a norma da Constituição do Estado da Bahia, segundo a qual os candidatos ao quinto seriam indicados em lista tríplice respectivamente, pelo Conselho Superior do Ministério Público e pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. O Supremo Tribunal – embora a Carta decaída, em vigor à época, não explicitasse a competência dos Tribunais de Justiça para a elaboração das listas tríplices -, declarou inconstitucionalidade a norma estadual inovadora, por ofensa à independência do Poder Judiciário, vencidos os Ministros Adaucto e Aliomar Baleeiro.
5. MS 25.624/STF, cit.
6. As questões que têm surgido, na apreciação, pelos Tribunais, das listas sêxtuplas, não é objeto do presente trabalho, V., a respeito, acórdão do STJ no Mandado de Segurança nº 13.532-DF (DJE de 22.10.08). Em sentido contrário ao decidido no citado processo, v. Resolução nº 6, de 2005 e Recomendação nº 13, de 2007, ambas do Conselho Nacional de Justiça.
7. Sobre o tema cite-se, ainda, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o disposto no § 1º do art. 66 c/c o art. 75, ambos da Lei Complementar RJ nº 106/03, que determinam a fixação de critérios objetivos a serem observados nas promoções e remoções por merecimento, bem como a Deliberação nº 51, do CSMP/RJ.
8. Indique-se, a propósito, a nomeação, no antigo Estado da Guanabara, do Curador de Justiça – equivalente, à época, a Promotor de Justiça – como Desembargador do Tribunal Estadual.

Date Created

22/07/2009