

NOMEAÇÃO PELO QUINTO CONSTITUCIONAL –(IN)COMPATIBILIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

IRACI DE OLIVEIRA KISZKA¹

Resumo

Este artigo apresenta uma análise sobre o quinto constitucional introduzido no artigo 94 da Constituição Federal de 1988, em face das inovações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 45/2004 e 61/2009, que criaram o Conselho Nacional da Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, ambos com finalidade fiscalizatória, porém, não deixando de ser também mais um dos mecanismos de freios e contrapesos do Poder Público, sem se imiscuir com as funções típicas dos Poderes estatais. Conclui-se que as justificativas outrora defendidas para a existência do quinto constitucional na atualidade são conflitantes com os princípios insculpidos no art. 93 *caput* da Constituição Federal e com as inovações trazidas pelas referidas Emendas Constitucionais, configurando um caso de (in)compatibilidade de normas, uma revogação tácita. Deve-se repensar no quinto sob a nova óptica das mudanças nas normas constitucionais.

Palavras-chave: Quinto constitucional. Vitaliciedade. Imparcialidade. Jurisdição. Função típica. Separação de Poderes.

¹ Procuradora do Município de Diadema. Especialista em Direito Tributário, pelo Centro de Extensão Universitária (CEU); em Direito da Seguridade Social, pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (Unisal); em Direito Constitucional, pela Universidade Gama Filho; em Direito Administrativo, pela Universidade Estácio de Sá.

Sumário

1. Introdução
 2. Quinto para Composição dos Tribunais, Garantias da Magistratura e Forma de Ingresso na Magistratura: Breve histórico
 3. Controvérsia sobre a regra do quinto para a composição dos tribunais
 4. Do Poder Judiciário
 - 4.1. Garantias do Poder Judiciário
 - 4.2 Garantias Institucionais do Poder Judiciário
 - 4.3 Garantias Funcionais do Poder Judiciário
 - 4.4 Da Composição do Poder Judiciário
 - 4.5 O Estatuto dos Magistrados – Ingresso e Promoção de Carreira
 - 5 Conselho Nacional de Justiça
 - 6 Refletindo sobre a regra do quinto para composição dos tribunais
 - 7 Conclusão
- Referências

1. Introdução

Nos órgãos do Poder Judiciário (art.92), a Emenda Constitucional (EC) 45/2004 introduziu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), composto de ministros, desembargadores, juízes, membro do Ministério Público, bem como de dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (inciso XII, art. 103-B) e de dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, um indicado pela Câmara dos Deputados e o outro pelo Senado Federal (art. 103-B acrescentado pela EC61/09).

O ingresso na magistratura se inicia por meio de concurso público, condicionado à exigência constitucional de, no mínimo, três anos de atividade jurídica, conforme inovação dada pela EC 45/2004, que introduziu o inciso I ao artigo 93 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), tendo como limite apenas a idade de 70 anos (art. 40, II c/c inciso III CF/88).

O início no cargo se dá como juiz substituto, que obtém experiências nas comarcas do interior, as quais, por não serem especializadas, oferecem larga experiência forense para a função judicante. Com tempo e dedicação, é que tais profissionais subirão degraus para capitais e instância superior, dessa forma, oxigenando os tribunais.

A independência funcional é garantida com a vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício (art. 95, I, CF/88), bem como coma participação obrigatória em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados(art.93, inciso IV).

O art. 94, da CF/88, determina forma diversa de ingresso na magistratura, sem concurso público, ou seja, mediante indicação de 1/5 (um quinto, isto é, 20%) dos membros de determinados tribunais.

Seguem esta regra o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs), consoante artigos 111-A e 115 da CF/88; por outro lado, não há aplicação do quinto nos Tribunais Eleitorais Regionais (TER) e Tribunais de Justiça Militar (TJM).

Cada órgão de entidade de classe, ou seja, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou o Ministério Público (MP), formará uma lista sêxtupla para enviá-la ao tribunal em que ocorreu a vaga de ministro ou desembargador. Este tribunal, após votação interna para a formação de uma lista tríplice, a remete ao chefe do Poder

Executivo, isto é, governadores, no caso de vagas da justiça estadual, e o Presidente da República, no caso de vagas da Justiça Federal, que nomeará um dos indicados.

Por outro lado, a CF/88 permite o ingresso, além dos magistrados, de um membro do MP estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República, de dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e de dois cidadãos, de notável saber jurídico, indicados pelo Poder Legislativo para compor o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que é um órgão de controle administrativo (§ 4º, do art. 103 B da CF/88) para o exercício de função atípica do Poder Jurisdicional e, conseqüentemente, não detém poder julgador.

E não há que se falar em ferimento à cláusula pétrea, a indicação de não magistrados, para composição do CNJ, pois a EC 61/2009 garantiu, nos incisos XII e XIII do art. 103-B, a convivência harmônica e independente entre si das funções dos Poderes do Estado, ou seja, garantiu o sistema de *checkbalances*, freios e contrapesos, na medida em que o CNJ exerce função atípica de atividade jurisdicional, ou seja, exerce função fiscalizadora.

Os argumentos daqueles que defendem o quinto constitucional são válidos para a Composição do Conselho Nacional da Justiça, em consonância com o que dispõem o § 4º e incisos do art. 103-B, CF/88, que definem a competência e as atribuições do Conselho; todavia, não o são para a composição dos tribunais com a função judicante (inciso I, art. 93, *c/c* art. 37, *caput*, da Carta Política de 1988).

Para desenvolvimento do tema, trazemos um pouco da história do quinto, suas origens e o que motivou sua criação.

Apontamos controvérsias sobre a regra do quinto, discorremos de forma sucinta sobre o Poder Judiciário, mapeando sua função típica, garantias institucionais e funcionais, mencionando sua composição, e tecendo breves considerações sobre o Estatuto dos Magistrados – Ingresso e Promoção de Carreira. Sobre o CNJ, abordamos sua composição, função e competência. Sob outra óptica, refletimos sobre o quinto, insculpido no art. 94 da CF/88.

2. Quinto para Composição dos Tribunais, Garantias da Magistratura e Forma de Ingresso na Magistratura: Breve histórico

O regramento do quinto tem seus precedentes históricos a partir da Constituição de 1934 (art. 104, § 6º), na era Vargas, tendo sido então produto do paternalismo que historicamente predominava na organização social e política do País. É época em que se abre parêntesis para dizer que o presidente Vargas sancionou a legislação trabalhista que atendesse a necessidade de proteção do trabalhador, dentro de um contexto de estado regulamentador. Desde então, foi repetido o quinto em todas as Cartas Republicanas que lhe sucederam (no art. 105, da Constituição Outorgada de 1937; no art. 124, V, da CF de 1946; no art. 136, IV da CF de 1.967; e no art. 144, IV, da Constituição Outorgada em 1969, EC 1/1969).

Na Constituição do Império (BRASIL, 1934), ainda que de forma tímida, vislumbra-se a garantia do juiz quanto à vitaliciedade, ao declarar que os juizes de direito serão perpétuos ao dispor no art. 153 que: “Os Juizes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar”. Já o art. 155 determina que “Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar”.

Podemos observar que já na Constituição de 1934 havia preocupação do legislador quanto às garantias funcionais da magistratura, conforme o art. 64, *caput* e alíneas (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos). No art. 104, *caput* e respectivas alíneas, previa-se a forma de investidura no primeiro grau, por meio de concurso organizado pela corte de Apelação, e excepcionava no § 6º para a composição dos Tribunais superiores um quinto a ser preenchido por advogados ou membros do MP, de notório merecimento e reputação ilibada. Note-se aqui que o critério de merecimento é totalmente vago e subjetivo.

Na Constituição de 1937, o legislador manteve no art. 91, *caput*, as garantias funcionais delineadas na Constituição anterior, também em relação à composição dos Tribunais Superiores manteve a ressalva, no art. 105, *caput*, para preenchimento de um quinto dos lugares por advogados ou membros do MP por “merecimento”.

Da leitura dos incisos do art. 124, da Constituição de 1946 depreende-se que foram mantidas as garantias funcionais da magistratura, e verifica-se que o legislador pátrio inovou, no inciso III, sobre o ingresso na magistratura ter a submissão de concursos de provas com a participação da OAB. Já para a composição dos tribunais mediante o preenchimento de um quinto, o legislador, no inciso V do art. 124, manteve o critério de “merecimento”; entretanto, inovou ao exigir o efetivo exercício da profissão condicionada ainda a 10 anos, pelo menos, de prática forense, medida salutar, pois a prática forense e o tempo de exercício traziam mais segurança jurídica para a sociedade.

A Constituição de 1969 manteve as garantias funcionais da magistratura, conforme se verifica no *caput*, do art. 113, e suas alíneas; e quanto à composição dos tribunais pelo quinto permaneceu critério da Constituição anterior, como se extrai do inciso IV do art. 144, ou seja, não trouxe novidade, mantendo o critério de “merecimento” associado à prática forense de 10 anos e o efetivo exercício da profissão.

A Constituição de 1988 conservou as garantias da magistratura; entretanto, quanto à vitaliciedade, condicionou a exigência de dois requisitos: após 2 anos de exercício (art. 95, I) e a participação obrigatória em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados (art. 93, inciso IV).

No tocante à forma de ingresso na carreira, inovou ao determinar a realização de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as fases e condicionou como requisito experiência de 3 anos de atividade jurídica e obedecendo-se nas nomeações à ordem de classificação.

No que diz respeito à composição dos tribunais pelo quinto, manteve a exigência de 10 anos de efetiva atividade profissional, suprimiu o critério “merecimento” e no seu lugar acrescentou advogados de “notório saber jurídico”.

Abre-se parêntesis para destacar que a promoção dos juízes (de entrância para entrância) nas carreiras judiciárias será determinada pelo critério de antiguidade e merecimento, sendo que este envolve o desempenho e a produtividade do magistrado, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento.

Da análise dos artigos supratranscritos, verifica-se que as Constituições Federais de 1934 e 1936, além de escolherem os candidatos por “merecimento”, não exigiam prática forense para preenchimento de vagas para composição do quinto constitucional, exigência que se deu a partir da Constituição de 1946 e perdura até a atual. A participação da OAB na realização dos concursos para ingresso da magistratura iniciou-se na Constituição de 1946 e se mantém até hoje.

3. Controvérsia sobre a regra do quinto para a composição dos tribunais

O debate a respeito do quinto constitucional é acirrado e comporta calorosas discussões com argumentos favoráveis e contra. Diante da relevância do tema, ilustramos com alguns posicionamentos.

Amaral (2009,p. 2-3), ao se pronunciar sobre o quinto constitucional, sugeriu que a escolha seja feita com critérios que privilegiem os méritos profissionais:

No Brasil o chamado quinto constitucional – que abrange o Ministério Público – é tradição desde a constituição de 1934 (art. 104, § 6º). Contudo, é de se sugerir aperfeiçoamentos que privilegiem antes de quaisquer outras razões o mérito intelectual e a melhor representatividade da classe, isto por certo prevenirá as críticas que maculam esta tradição entre nós. O quinto é o arejamento que o Poder Judiciário (já hermético por natureza) carece num Estado democrático (plural e aberto o mais possível) de Direito.

[...]

Mas uma verdade merece ser dita neste passo: o quinto da OAB tem sido malbarato, aqui e ali, por escolhas descriteriosas, que resultam da desgastante (para a OAB e para a tradição do quinto) política interna (sem maiores preocupações com aqueles méritos profissionais). Precisamos estabelecer critérios virtuoso é da história da OAB (com menos bajulação, ‘beija mão’ e mais respeito/reconhecimento geral, produção intelectual, antiguidade, lutas pela justiça, etc.).

Para Cardoso (2008), o quinto constitucional é jogo de poder, de influência e de interesses, em que prevalece o que tem maior prestígio na classe e no governo:

“o advogado e o membro do MP se sujeitam à busca de votos entre conselheiros ou integrantes da classe à qual pertencem, além da procura de apoio junto a membros alheios à sua classe, e ainda no Executivo. Levam grande vantagem em relação aos juízes, que serão necessariamente preteridos na promoção para o topo da carreira, porque há nomeação de estranhos à magistratura – que não se

submeteram a concurso, nem exercitaram a arte de julgar nas comarcas do interior, nas quais, aí sim, se acumula significativa experiência de vida. Se a argumentação maior reside na vivência profissional e pessoal do advogado, o que dizer do juiz que milita na advocacia e experimenta a vida de julgador por longos anos”

Collaço (2007) entende que o sistema do quinto constitucional surgiu na constituição de 1934 como uma ideia corporativista e considera que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) tomou a posição certa ao inferir um Judiciário sem quinto constitucional, pois o papel antes cabível aos advogados e aos membros do MP, de influenciar e modernizar a administração do Poder Judiciário, praticamente agora se opera no CNJ. Observa que se a vantagem do quinto é trazer a visão arejada, este trabalho pode ser feito de forma institucional, de forma oficial, dentro do CNJ.

Cosenzo (2007), promotor de Justiça, em seminário sobre o quinto, traz um fato inusitado de que há, no estado de São Paulo uma dificuldade muito grande de conseguir seis candidatos para compor a lista sêxtupla, por falta de inscrições, por isso, a lista sêxtupla geralmente já está pronta.

Coêlho, Marcus V.F. (2007), diz que:

O poder há de se legitimar, na fundamentação e na lisura de suas decisões, no momento da prestação jurisdicional. Há de ser legítima, por igual, no modelo de acesso ao exercício do Poder, que não pode prescindir da adequada participação da vontade popular, ainda que seja tão apenas para a nomeação de um quinto dos membros do Tribunal.

Rodrigues(2008), em artigo sobre a polêmica do quinto constitucional assim se pronunciou:

A questão do quinto é velha, embora latente como brasa sob cinzas, juízes de carreira, que prestaram concursos públicos concorridíssimos alegam que é ‘cômodo demais o cidadão’ ‘furar fila’, ingressando diretamente no topo da profissão de magistrado. Para tais inconformados – que suponho maioria, ingressar diretamente como desembargador ou ministro na função judicante ‘equivale’ – não é bem o caso – a nomear um civil para o cargo de brigadeiro, general ou almirante sem ter sido antes sequer um recruta, embora de grande cultura técnica do ‘alienígena’ – pois cultura existe também nos magistrados de carreira-, mas sim de, digamos, ‘justiça profissional’, uma mescla informal de ‘antiguidade e de merecimento’.

[...]

Alegam os adeptos do ‘quinto’ que essa abertura para ‘gente de fora’ – advogados e promotores de justiça- teria a função de ‘oxigenar’ os órgãos judicantes, diminuindo o sentimento de ‘casta, ou pelo menos de isolamento. Os juízes, convivendo profissionalmente apenas com colegas de carreira,

tenderiam a se distanciar do cidadão comum, aplicando uma justiça por demais distante da realidade social.

Contra esse argumento poderiam os juízes de carreira dizer – se é que não fizeram antes – que se o problema fosse de ‘arejamento’, de ‘democratização’, essa ‘oxigenação’ deveria ocorrer também no cargo inicial da função judicante, tão merecedora do precioso gás quanto os tribunais de recurso. Aí o advogado percorreria o interior, ganhando bem menos que um desembargador ou ministro, antes de chegar ao posto máximo. Ocorre que o alegado ‘arejamento’ – ingressando o causídico no modesto cargo de juiz substituto –, é politicamente impensável. Provocaria uma autentica revolução armada – de parte dos candidatos reprovados no exame de admissão à magistratura – se o reprovado entrasse em seguida ‘pela porta dos fundos’, sem concurso, via indicação de OAB. Talvez seja por isso que o ‘quinto constitucional’ não existe na primeira instância, apesar desta, também – em tese, filosoficamente – merece a apregoada ‘oxigenação’. Oxigênio é bom em todas as altitudes.

A discussão, como se vê, comporta um infundável debate. [...] De minha parte, a manutenção do quinto constitucional não mais decorre da intenção de ‘arejamento’. Isso poderia valer décadas atrás, quando o bacharel recém-formado saía da faculdade e já podia prestar concurso para ingresso na magistratura sem qualquer prática jurídica anterior. Hoje é diferente, juízes de carreira, já entram na carreira com certo grau de ‘oxigenação’, tendo em vista a exigência prática da advocacia, ou prática jurídica, para poder prestar concurso[...].

Em que pese a discussão acima, não podemos deixar de observar que a Lei 9.868/1999, em seu art. 7º, § 2º, permite que a Corte Constitucional admita a intervenção no processo de órgãos ou entidades, denominados *amicicuriae*, para possibilitar um “arejamento” sobre questões constitucionais em discussão.

De fato, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem admitindo participação nas ações de controle abstrato de constitucionalidade de uma pluralidade de sujeitos, nas hipóteses em que se exige maior especialidade da matéria objeto de discussão.

4. Do Poder Judiciário

O Estado democrático de direito é inconcebível sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça a função de guardião das leis, pois, como afirmou Zaffaroni (apud MORAES, 2008, p. 495), “a chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência”.

“O exercício do Poder do Estado, quando dividido e distribuído por vários órgãos segundo critérios funcionais, estabelece um sistema de freios e contrapesos, sob

o qual difícil se torna o arbítrio e mais facilmente pode prosperar a liberdade individual” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER (2013, p.184)

Entre os direitos e garantias individuais, o art.5º, inc. XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), consagrou o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; em outras palavras, nenhuma relação jurídica pode ser subtraída do Poder Judiciário.

Atualmente, prepondera o Estado social, isto é, em que o Estado tem a incumbência de promover a realização dos valores humanos e de proteger a dignidade da pessoa humana. Paralelamente a este, destaca-se a função jurisdicional pacificadora de conflitos.

O Poder Judiciário, regulado pela Constituição Federal nos arts. 92 a 126, tem como atividade típica a função jurisdicional, também chamada jurisdição. Trata-se do poder-dever e da prerrogativa de compor os conflitos de interesses em cada caso concreto, por meio de um processo judicial, com a aplicação de normas gerais e abstratas.

O STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem a função precípua de ser o guardião da Constituição Federal, de manter o respeito à Constituição e sua unidade substancial em todo o País, conforme disposto no art. 102, da CF/88.

Sobre a função típica do Poder Judiciário, Moraes (2008) afirma ser a jurisdicional, que consiste em julgar, aplicando a lei a um caso concreto, *sub judice*, oriundo de um conflito de interesses. Moraes (2008, p. 498) elucida, com explicação de Arruda Alvim:

Podemos, assim, afirmar que função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade das partes.

Lenza (2012, p. 689) destaca três características básicas da jurisdição: lide, inércia e definitividade. Nas palavras de Cintra, Dinamarco e Grinover (2009, p. 147), a jurisdição é:

[...] ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como poder de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe acomete.

Segundo Greco Filho (2010, p. 201), trata-se de uma manifestação da potestade do Estado:

A jurisdição é, em primeiro lugar, um poder, porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função, porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e ainda, é uma atividade, consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título.

O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação e administração) é precisamente a finalidade pacificadora com o que o Estado a exerce. A pacificação é o escopo magno da jurisdição.

Em arremate, sobre a função do Poder Judiciário, Coêlho (2009, p. 40) aponta três elementos específicos como característica da exteriorização da função jurisdicional:

Seu exercício só tem lugar quando existe conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objeto específico removê-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese. São assim, três os seus elementos específicos:

- a) como momento do seu exercício – uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito;
- b) como modo de alcançar sua finalidade – a interpretação definitiva do direito controvertido;
- c) como finalidade do seu exercício – o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixadora.

Também exerce funções atípicas, que é a de administrar a estrutura do órgão jurisdicional, tais como proposta de orçamento e receita própria (art. 99, *caput*, e parágrafo 1º da CF/88): “Ao Poder Judiciário é assegurado autonomia administrativa e financeira”.

4.1. Garantias do Poder Judiciário

As garantias asseguradas constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário são, por via reflexa, uma segurança jurídica às instituições democráticas, à forma federativa de Estado, à separação dos Poderes, aos direitos e garantias individuais. Todos estes protegidos pela cláusula pétreia sob o manto de proteção do guardião da Constituição, que é o STF, tanto que o constituinte, no art. 93 da Constituição Federal, reservou ao STF a iniciativa de, mediante lei complementar, dispor sobre o Estatuto da Magistratura.

Prescreve o art. 93 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) os *princípios* que deverão ser observados pela *lei complementar* ao dispor sobre o Estatuto da Magistratura. Dentre eles, destaca-se:

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

I- Ingresso na carreira, cujo cargo inicial será de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

[...]

II- O acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (redação determinada pela Emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

[...]

XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

Quanto à *investidura* em cargo ou emprego público, esta depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego. É o que determina o inciso II, do art. 37, da Carta Política de 1988 (BRASIL, 1988, grifo nosso):

Art. 37. “caput”

[...]

II – a *investidura* em cargo ou emprego público *depende* de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(Inciso II com redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1988.)

Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público, composto também por dois advogados (inciso V), zelar pela observância do art. 37 da CF/88, conforme determina o art. 130-A, § 2º, inciso II da Constituição Federal de 1988 (acrescentado pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004).

As garantias conferidas aos membros do Poder Judiciário, nas palavras de MORAES (2008,p.499), são imprescindíveis ao exercício da democracia, à perpetuidade da Separação de Poderes e ao respeito aos direitos fundamentais, configurando suas ausências, supressões ou mesmo reduções, obstáculos inconstitucionais ao Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, permitindo que sofra pressões dos demais Poderes do Estado e dificultando o controle da legalidade dos atos políticos do próprio Estado que causem lesão a direitos individuais e coletivos.

Moraes (2008, p. 512), fazendo referência a Garcia Enterría e Tomás-Ramón Fernandes, cita o *caseoftheprohibition* Del Roy, de 1612, relatado por Coke:

a ideia essencial da independência da Magistratura não é mais do que uma implicação natural da independência do direito em relação ao príncipe, pois expressa que o juiz deve ser visto como um órgão próprio, não do Estado, nem da Coroa, mas sim da *Lex terrae*, como *viva vox legis*, tendo em conta que para essa conclusão, *Lex* não expressa a vontade de um governante, mas sim o direito estabelecido na comunidade e por ela mesmo aceito e vivido. Se o juiz não pode receber ordens do Rei é porque o Rei não tem a disponibilidade sobre o direito, porque o juiz não atua segundo a vontade do Rei.

4.2 Garantias Institucionais do Poder Judiciário

Além das garantias referentes aos magistrados, elencou o Texto Maior alguns preceitos que têm por escopo preservar a independência e autonomia do Poder Judiciário (BASTOS, 1988, p. 319), conforme se extrai do art. abaixo:

Artigo 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

As garantias institucionais asseguram a independência do Poder Judiciário no tratamento com os outros Poderes, de tal forma que o inciso II, do art. 85, da Constituição Federal, tipificou como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário:

Artigo 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:
 [...]
 II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
 [...].

4.3 Garantias Funcionais do Poder Judiciário

Os juízes possuem determinadas garantias que têm por finalidade lhes dar segurança para exercerem suas atividades de forma equilibrada, sem preocupar-se com pressões de qualquer espécie. Estão definidas no art. 95 da CF/88: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos.

Segundo Ferreira Filho (2010, p. 274):

a independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos. E não foi outra a razão que levou a doutrina clássica a erigir o Judiciário em poder do Estado, com função própria.

Para Silva(2012), as referidas garantias pretendem assegurar a independência dos juízes, para que estes possam exercer a função jurisdicional com dignidade, desassombro e imparcialidade.

Nessa linha de raciocínio, Greco Filho (2010, p. 258) ensina que:

As garantias da magistratura têm uma finalidade política e uma finalidade técnica. Sob o aspecto político garantem a independência e a dignidade da função jurisdicional em face dos outros poderes do Estado, Executivo e Legislativo. No tocante ao aspecto técnico garantem a imparcialidade do juiz no processo, de modo que não tenha ele receio de pressões advindas de outras autoridades ao decidir.

Na mesma senda, raciocinam Cintra, Grinover e Dinamarco(2013, p. 191):

A posição do Poder Judiciário, como guardião das liberdades e direitos individuais, só pode ser preservada através de sua independência e imparcialidade. Por isso é de primordial importância, no estudo desse Poder do Estado, a análise das garantias que a Constituição institui para salvaguardar aquela imparcialidade e aquela independência.

Nesse sentido, posiciona-se Lenza (2012, p.705):

As garantias atribuídas ao Judiciário assumem importantíssimo papel no cenário da tripartição de Poderes, assegurando a independência desse órgão, que poderá decidir livremente, sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros Poderes.

4.4 Da Composição do Poder Judiciário

São órgãos do Poder Judiciário aqueles previstos no art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil: STF; CNJ; Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunais Regionais Federais e juízes federais; tribunais e juízes do trabalho; tribunais e juízes eleitorais; tribunais e juízes militares; tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e territórios. O STF, o CNJ e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.

4.5 O Estatuto dos Magistrados – Ingresso e Promoção de Carreira

A Constituição Federal, no art. 93 e incisos, traçou diretrizes constitucionais de observância obrigatória pela Lei Complementar de iniciativa do STF para dispor sobre normas relativas ao Estatuto da Magistratura.

Nos dizeres de Ferreira Filho (2010, p. 277):

O conteúdo desse Estatuto é, todavia, preordenado nesse mesmo art. 93, que sofreu alterações em razão da EC n. 45/2004, particularmente quanto ao ingresso e à promoção na carreira, normas que são gerais, aplicando-se, salvo regra diferencial expressa, a todos os ramos do Judiciário e tanto à justiça federal como à estadual.

O art. 93, inciso I, dispôs como requisito para ingressar na magistratura: ser bacharel em Direito; ter no mínimo 3anos de atividade jurídica (EC 45/2004); e, quanto às nomeações, deve obediência à ordem de classificação. Esse dispositivo constitucional objetiva dar segurança jurídica à sociedade.

Quanto ao modo de selecionar os candidatos, o art. 93, inciso I, da CF/88, impôs como regra: concurso público de provas e títulos; e participação da OAB em

todas as fases. O inciso II, do art. 93, da CF/88 (BRASIL, 1998), prevê o método de promoção: a) “a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta [...]”.

O art. 37, *caput*, determina obediência a quaisquer dos Poderes da União ao *princípio da legalidade* e o inciso II do mesmo artigo diz que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público (inciso II com redação determinada pela EC 19, de 4 de junho de 1998).

A promoção dos juízes (de entrância para entrância) nas carreiras judiciárias será determinada por critérios de antiguidade e merecimento. A análise do merecimento envolve o desempenho e a produtividade do magistrado, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento.

O inciso III do art. 93 da CF/88 determina a forma de acesso aos tribunais ao dispor que: “o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”.

5 Conselho Nacional de Justiça

O CNJ, criado pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004, previsto no inciso I-A do art. 92 da CF/88, é uma instituição pública que tem como meta aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.

Cumprido salientar que falta competência constitucional para os Estados-membros instituírem conselhos internos ou externos, destinados ao controle de atividade administrativa, financeira ou disciplinar das justiças estaduais, uma vez que o CNJ é órgão do Poder Judiciário Nacional, cuja unidade reflete a soberania nacional.

O STF, por meio da súmula 649, uniformizou o entendimento quanto à vedação de criação de Conselhos Estaduais de Justiça: “É inconstitucional a criação, por constituição estadual, de órgão de controle administrativo do poder judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades”.

A composição do CNJ está descrita no rol do art. 103 B da CF/88: presidido pelo presidente da Corte Suprema (STF), é composto essencialmente de juízes, membros do STJ, TST, desembargador do Tribunal de Justiça estadual e Tribunal Regional Federal, juízes estaduais, federais e do trabalho, membros do MP da União e Estadual, membro da OAB e membros da população, com notável saber jurídico e reputação ilibada.

Compete ao CNJ, nos termos do § 4º, do art. 103- B, da CF/88, o controle das contas e orçamento do Judiciário; a fiscalização de atos; a aplicação de punições aos magistrados que venham a transgredir normas; e também funciona como ouvidoria geral do Judiciário, para a qual a população pode levar suas denúncias.

Nunca é demais repetir que a República Federativa do Brasil adota a teoria tripartida do Poder (Montesquieu), este que, em sua essência, é uno e indivisível, cujo titular é o povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente em situação taxativamente previstas em lei. (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

Portanto, o Poder não se divide, contudo tem separação autônoma de funções, ou seja: Executiva, Legislativa e Jurisdicional. Cada função tem suas atribuições típicas, sendo as do Executivo a Administração Pública em geral; a do Legislativo a atividade legiferante de elaboração de leis; e as do Jurisdicional, aquelas tipicamente julgadora e atipicamente administrativa.

A criação do CNJ, dentro da estrutura do Poder Judiciário, órgão de controle eminentemente administrativo, que não exerce função típica de atividade jurisdicional, não viola a independência dos Poderes e as cláusulas pétreas.

A função institucional do CNJ é de um órgão de controle administrativo, isto é, exerce função atípica do Poder Jurisdicional.

6 Refletindo sobre a regra do quinto para composição dos tribunais

É bom lembrar que a origem do quinto se deu na Constituição de 1934, na era Vargas, o que leva a crer que resultou de um produto do paternalismo que

historicamente predominava na organização social e política naquela época em nosso País.

O quinto constitucional previsto no art. 94 para composição dos tribunais para exercer função típica jurisdicional, prerrogativa do Poder Judiciário, fere o princípio da indelegabilidade de atribuições típicas dos Poderes, que excepcionalmente é permitido quando houver expressa previsão no Texto Constitucional, mas de funções atípicas e de natureza transitória.

Quanto à *investidura* em cargo ou emprego público, esta depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, como determina o inciso II do art. 37 da Carta Política de 1988.

Há afronta ao princípio da isonomia a nomeação de advogados e membros do MP para composição do tribunal, na medida em que o juiz de 1ª instância, para conquistar a garantia da vitaliciedade, tem que se submeter às regras impostas pela Carta Política, ou seja, após 2 anos de exercício na magistratura, bem como participar de cursos oficiais nos quais serão analisados a assiduidade e o aproveitamento do curso; ao passo que pelo quinto constitucional a vitaliciedade é adquirida no momento da posse.

Outra questão que fere o princípio da isonomia é a de que a promoção dos juízes (de entrância para entrância) na carreira judiciária será determinada por critérios de antiguidade e merecimento; no entanto, não há a mesma exigência para os candidatos ao quinto constitucional.

A análise do “merecimento” envolve o desempenho e a produtividade do magistrado, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento, o que não acontece para os candidatos ao quinto constitucional que já entram em situação vantajosa.

Temos que considerar que a importância sociopolítica da classe dos advogados no Poder Judiciário se faz presente, por meio da OAB, em todas as fases da realização do concurso público, com a participação da seleção da magistratura de primeiro grau em atendimento ao inciso I do art. 93 da Carta Política de 1988 (inciso I com redação determinada pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004).

Do mesmo modo, a classe dos advogados se faz presente e de forma atuante no CNJ quando a EC 45/2004 inseriu o inciso I-A do art. 92 e a EC 61/2009 inseriu o art. 103-B, integrando o Poder Judiciário na função fiscalizadora.

Ainda a classe dos advogados se faz presente na composição do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme disposto no art. 130-A da Constituição Federal (*caput* acrescentado pela EC 45, de 8 de dezembro de 2004), em que compete, além de outras, zelar pela observância do art. 37 da CF/88.

O art. 94, *caput*, que determina a regra do quinto, e os arts. 111-A e 115 da CF/88 são incompatíveis com os princípios determinados no art. 93, *caput*, tendo em vista o que dispõe o art. 37, *caput*, c/c art. 127, *caput*, e o art. 130-A, § 2º, inciso II, todos da Constituição Federal de 1988, alterados pela EC 45/2004.

A EC 45/2004 inovou as normas jurídicas constitucionais no que diz respeito ao Poder Judiciário e às funções essenciais à Justiça, ao criar o CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público, revogando implicitamente o art. 94, *caput*, da Magna Carta.

Sobre a representação popular e repartição de Poderes, cumpre-nos ilustrar com o pensamento do expoente tributarista Sacha Calmon Navarro Coêlho (2009, p.49), que nos brindou com os seus brilhantes ensinamentos:

Quer nos parecer que a República hoje depende muito de um Poder não eleito pelas maiorias, mas com jurisdição sobre elas e sobre seus representantes eleitos, capaz de zelar pelos princípios, direitos e garantias constitucionais. Este Poder é o Judiciário, irredutível em seus vencimentos, vitalício e inamovível, capaz de declarar a lei inconstitucional e o ato administrativo ilegal em prol da pessoa humana e em defesa das minorias. A República democrática e a supremacia do Judiciário são hoje inseparáveis contra o ressurgimento das tiranias da lei. Por outro lado, as Constituições modernas são axiológicas e dirigentes reforçando o papel do Judiciário.

Não estamos só. Ao nosso lado está Geraldo Ataliba, republicano e federalista. [...]

Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a constituição e as leis, com os princípios gerais do direito, que são universais. São dotados de condições objetivas da independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir favor da parte mais forte, num determinado litígio. (grifamos)

Assim é em todos os países democráticos, que podem ser qualificados como Estados de Direito.

7 Conclusão

A função institucional do CNJ é a de um órgão de controle administrativo, (§ 4º do art. 103 B da CF/88), ou seja, exerce uma função atípica do Poder Jurisdicional e, conseqüentemente, não detém poder julgador.

Em outras palavras, embora seja órgão do Poder Judiciário, o CNJ não exerce jurisdição, logo não tem a função típica de aplicar o direito ao caso concreto, mas sim de ser responsável pelo denominado “controle externo” do Poder Judiciário.

Portanto, membro do MP, advogados e cidadãos integram o Poder Judiciário na função fiscalizadora e jamais na função judicante que pertence àqueles magistrados com ingresso na magistratura por concurso público de provas e títulos.

O ingresso de membro do MP e advogados para composição dos tribunais, pelo quinto constitucional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes para exercerem função típica de jurisdição, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, ferem o princípio da indelegabilidade de atribuições típicas do Estado e conflitam com o art. 37, *caput*, da CF/88, bem como são incompatíveis com o *caput* do art. 103-B e § 4º introduzido pela EC 61/2009 superveniente àquelas regras insculpidas nos artigos 94, 111-A e 115 da CF/88, sendo um caso de revogação tácita

Diante do exposto, é preciso repensar o quinto à luz da nova sistemática constitucional que introduziu o CNJ como órgão do Poder Judiciário.

Referências

AMARAL, Luiz Otavio Otávio. **O quinto constitucional**. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/revista-07/anexos/o-quinto-constitucional-18.06.09>. Acesso em: 1º dez. 2014.

BRASIL. **Constituição de 1824**. Política do Império do Brasil, 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição de 1934**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição Federal**, 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição de 1988**. Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Acrescenta o artigo 103-B, 130-A, cria o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

_____. **Constituição de 1988**. Emenda Constitucional n. 61/2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1º dez. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Quinto Constitucional**, jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11405/quinto-constitucional>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, da Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Seminário: Quinto constitucional. Debate e Tendências**, 19 abr. 2007. Disponível em:

<<http://www.profpito.com/SEMINaRIOquintoconstitucional.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

COLLAÇO, Rodrigo. **Seminário: Quinto constitucional.** Debate e Tendências, 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.profpito.com/SEMINaRIOquintoconstitucional.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

CONSENZO, José Carlos. **Seminário: Quinto constitucional.** Debate e Tendências, 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.profpito.com/SEMINaRIOquintoconstitucional.html>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

CRETELLA JR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. **Forense Universitária**, v. I, Art. 1º a 5, I a LXVII, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Constitucional Esquematizado,** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. Atlas São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Francisco Cesar P. **A polêmica do “quinto constitucional”**, 27 fev. 2008. Disponível em: <http://www.amb.com.br/index.asp?seção=artigo_detalle&art_id=36>. Acesso em: 22 abr. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: M, 2012.