

# ORIGEM E FUNDAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS E DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: REFLEXÕES SOBRE O QUINTO CONSTITUCIONAL

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi\*

SUMÁRIO: 1 Introdução: o tema e sua relevância contextual; 2 Aspectos históricos do surgimento do quinto constitucional; 2.1 O caráter democrático da Constituição de 1934; 2.2 Experiências de composição dos tribunais anteriores à Constituição de 1934; 2.3 A proposta do anteprojeto. A comissão do Itamaraty; 2.4 O projeto apresentado pela comissão dos 26 e o texto definitivo; 3 Os fundamentos da participação; Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO: O TEMA E SUA RELEVÂNCIA CONTEXTUAL

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, uma importante regra foi confirmada pelo legislador da Assembléia Constituinte de 1987/1988: a composição dos tribunais brasileiros a partir da conjugação de membros oriundos não só da carreira da magistratura, mas também da advocacia e do Ministério Público. O preceito, insculpido no art. 94,<sup>1</sup> apresenta-se como confirmação, pelo menos em essência, de um comportamento que já perdura por mais de sete décadas na história constitucional brasileira.

A primeira Constituição a assegurar a referida participação foi a de 1934, que, no art. 104, § 6º, estabeleceu:

“§ 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 triplíce, organizada na forma do § 3º.”

---

\* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

1 “Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, 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.”

Desde a estréia, a disposição não se ausentou dos textos constitucionais que se sucederam, verificando-se apenas pequenas mudanças, instituídas em virtude do amadurecimento da regra:<sup>2</sup> constava, na Constituição de 1937, do art. 105;<sup>3</sup> na Carta de 1946, do art. 124, inciso V;<sup>4</sup> no Diploma de 1967, do art. 136, inciso IV.<sup>5</sup> Mesmo após a Emenda Constitucional nº 1/69, foi preservada a disposição, desta vez no corpo do inciso IV do art. 144.<sup>6</sup> Por um curto espaço de tempo, lembre-se, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, vigeu a regra com o fracionamento de praticamente 1/3, no período compreendido entre a promulgação das Emendas Constitucionais nºs 24 e 45, em virtude da provisória redução daquele Colegiado em decorrência da extinção da representação classista.<sup>7</sup>

Interessante observar a resistência da fórmula. Do total de 19 emendas apresentadas à época dos debates da Constituição de 1988, indexadas sob a expressão “quinto constitucional” nos anais da constituinte, nenhuma delas propugnava pela extinção da garantia. Enquanto muitas buscavam apenas regulamentação da matéria

- 
- 2 Exemplo disso se verifica nos comentários de Pontes de Miranda ao art. 105 da Constituição de 1937. Na ocasião, o eminente jurista noticiou a dúvida gerada na doutrina acerca da realização do comando, quanto à composição da lista triplíce, se exclusivamente com membros de uma ou outra carreira, ou com a possibilidade de composição mista. Segundo ele, o Tribunal teria total liberdade de escolha, podendo se inclinar, inclusive, pela repetição indefinida da indicação exclusiva de uma só das carreiras, por entender que ambos pertenceriam à mesma classe (*Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938, p. 193). A questão foi dirimida na Constituição de 1946, ao determinar: “escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado” (art. 124, inciso V).
  - 3 “Art. 105. Na composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista triplíce.”
  - 4 “V – 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 triplíce. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado.” Sublinhe-se, como será oportunamente observado, no tocante aos Tribunais Federais, esta Constituição reservou a fração de um terço (art. 103). Vide nota nº 44.
  - 5 “IV – na composição de qualquer Tribunal será preenchido um quinto dos lugares 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. Os lugares no Tribunal reservados a advogados ou membros do Ministério Público serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membros do Ministério Público, indicadas em lista triplíce.”
  - 6 “IV – 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. Os lugares reservados a membros do Ministério Público ou advogados serão preenchidos, respectivamente, por advogados ou membro do Ministério Público, indicados em lista triplíce.”
  - 7 Com o fim da representação classista (EC 24/99), que importou em extinção de 10 cargos de Ministro do TST, foi mantida a participação de membros egressos do Ministério Público e da advocacia na respectiva razão de 3 membros. Com a reforma do Judiciário (EC 45/04), foi restaurado o número da composição anterior (27 ministros), a gerar normalização da fração em um quinto.

quanto à circunstância da existência de tribunais de alçada,<sup>8</sup> outras aspiravam a ampliar a participação, com a extensão a delegados de polícia,<sup>9</sup> ou mesmo mediante o aumento para 2/5 (dois quintos).<sup>10</sup>

A longa data de vigência constitucional de tal prescrição – que logrou acompanhar a conturbada evolução dos institutos jurídicos do País nesses mais de setenta anos – não a torna imune a críticas. A alguns, a reserva constitucional guarda parentesco imediato com o estado corporativista – que teria sido institucionalizado pelas Constituições de 1934 e 1937 – tendo o mesmo gênero da representação classista, observada na Justiça do Trabalho até o advento da Emenda Constitucional nº 24/99.<sup>11</sup>

Esse novo posicionamento, ressalte-se, ecoou, embora de forma infrutífera,<sup>12</sup> também nos debates em torno da recente reforma do Poder Judiciário, tendo sido alvo, inclusive, de requerimentos de destaque para votação em plenário.<sup>13</sup>

Dá perceber-se da necessidade do resgate da origem e fundamentos do quinto constitucional, no intuito de melhor elucidar as convicções acerca dessa marcante tradição do ordenamento jurídico pátrio.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO SURGIMENTO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Embora não haja dúvidas quanto ao surgimento do quinto na Constituição de 1934, subsistem certos aspectos históricos quanto a sua origem que não podem passar despercebidos, sob pena de injusto tratamento a esse importante instrumento de realização da democracia.

### *2.1 O caráter democrático da Constituição de 1934*

Antes de mais nada, é imperioso corrigir um preconceito muitas vezes corrente: a Constituição de 1934, ao contrário do que possa vir a parecer em virtude da vinculação à impressionante figura de Getúlio Vargas, não representou, sequer em fundamentos, a ditadura que viria a se instalar no País após o golpe do Estado

---

8 São exemplos, dentre muitas outras, as Emendas nº 122, apresentada à Comissão de Organização do Estado em 19.05.1987, e nº 125, apresentada à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, em 18.05.1987.

9 Emenda nº 16.977, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

10 Emenda nº 17.273, apresentada à Comissão de Sistematização, em 13.08.1987.

11 Nesse sentido, ver, por todos: MELO, Hugo. O quinto constitucional e a independência da magistratura. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 12.

12 Ao fim e ao cabo, a redação do art. 94 da Constituição da República permaneceu inalterada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

13 Requerimentos nº 983/2004, apresentado pelo Senador Leomar Quintanilha, e Requerimento nº 984/2004, apresentado pelo Senador Papaléo Paes, ambos aprovados (Diário do Senado Federal, 8 de julho de 2004).

Novo de 1937.<sup>14</sup> Não obstante as dificuldades históricas próprias do período, representou importante acumulação, principalmente do ponto de vista técnico, chegando a ser aclamada como a mais complexa, à época, das constituições americanas.<sup>15</sup>

A Constituição de 1934, em oposição à sua sucessora imediata, emergiu de uma experiência de representação popular, sendo unanimemente classificada, quanto à origem, como uma constituição promulgada, e não outorgada, e de caráter democrático.<sup>16</sup>

Comprovação histórica dessa realidade foi o pronunciamento de Oswaldo Aranha – Ministro da Justiça e, posteriormente, da Fazenda, do Governo Provisório instalado com a Revolução de 1930 –, no primeiro dia dos trabalhos da Assembléia Constituinte:

“(...) O Poder Legislativo começou a existir convosco em nosso país.

E é necessária à nossa paz e à nossa grandeza, que nunca mais deixe de existir.

Serei vosso representante, das vossas deliberações, da vossa independência.

Foi-se a era em que o *leader* trazia para a subserviência das Assembléias *ukases* presidenciais.

- 14 As palavras são de Ronaldo Poletti: “A Constituinte e a nova Carta nasceram de duas revoluções, a de 30 e a de 32. A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto social-democrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já o heroísmo paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros de café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria), ou motivos políticos sediados no regionalismo (a política do café-com-leite) desalojado do poder pela revolução vitoriosa, mas, inobstante isso, o movimento de São Paulo foi cunhado de revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadamente as suas bandeiras, não sabiam das discutíveis conclusões, fornecidas pelas futuras análises históricas. (...) as idéias mestras, que governaram os espíritos dos homens com influência nos trabalhos constituintes, eram, de um lado, o binômio da propaganda da Revolução de 30: justiça e representação; de outro, a constitucionalização do País, cobrada por uma revolução derrotada pelas armas, mas cuja força espiritual iria marcar de forma indelével a política nacional” (*Constituições Brasileiras*: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001, p. 13-15).
- 15 A referência é de Pontes de Miranda, que assim apresentou o estudo que fizera da recente Carta: “Os presentes Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que constitui a mais complexa, no momento, das Constituições americanas, têm por fito expor o recente diploma de 1934 a advogados, a juizes, a políticos e às escolas” (*Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman, Koogan Ltda., s.d.).
- 16 Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao afirmar serem “populares (ou democráticas) as constituições que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de as elaborar e estabelecer, como são exemplos as Constituições brasileiras de 1981, 1934, 1946 e 1988” (*Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, p. 41). Ver também MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, p. 5.

O Governo Provisório, pela presença e pela palavra do seu grande chefe, acaba de dar-vos o testemunho dessa segurança e autoridade, entregando-vos, sem reservas, a elaboração do estatuto fundamental e o exame dos seus próprios atos.

Não tem, nem terá o Governo a menor intervenção, nem na ordem, nem na orientação da elaboração constitucional (...).<sup>17</sup>

É Ronaldo Poletti quem atesta a veracidade dessa disposição do Poder Executivo, ao afirmar, da privilegiada posição de observador histórico, que o “fruto da Constituinte, a Carta de 1934, deixou de absorver muitas das linhas do anteprojeto que lhe fora submetido. Este era, na verdade, revolucionário. Como já foi dito, as influências da República Velha, as repercussões do movimento revolucionário paulista e a desconfiança pelos constituintes do Executivo fizeram-se valer”.<sup>18</sup>

## *2.2 Experiências de composição dos tribunais anteriores à Constituição de 1934*

Embora a regra de composição heterogênea de participação dos tribunais tenha surgido de forma sólida, geral e ampla apenas com a Constituição de 1934, é necessária uma breve reflexão sobre a experiência legislativa anterior, para que se entenda, sobretudo, o porquê da tão exígua discussão a esse respeito por aqueles que participaram, direta e indiretamente, da elaboração da Carta Magna de 1934.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, adotou o critério da dualidade da Justiça, pelo qual coexistiram no Brasil as Justiças Estaduais e Federal. A Justiça Federal era composta pelo Supremo Tribunal Federal e tantos juízes e Tribunais Federais que o Congresso entendesse necessário criar.<sup>19</sup>

A nomeação dos membros do Supremo Tribunal Federal era de livre escolha do Presidente da República, dentre aqueles elegíveis ao Senado, desde que aprovados pelo Senado.<sup>20</sup> Semelhante regra existia para os juízes federais. Como dispunha o art. 48, n<sup>o</sup> 11,<sup>21</sup> a nomeação dar-se-ia pelo Presidente da República, dentre os indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

---

17 O pronunciamento, na íntegra, do representante do Governo Provisório perante a Assembléia Constituinte está disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, na sessão intitulada “publicação e estudos”, conforme anais da Assembléia Constituinte catalogados no dia 16.11.1933.

18 *Constituições brasileiras*. Op. cit., p. 44.

19 É que se lê o art. 55 da Constituição de 1891: “O Poder Judiciário, da União terá por orgams um Supremo Tribunal Federal, com séde na Capital da República e tantos Juizes e Tribunaes Federais, distribuidos pelo Paiz, quantos o Congresso crear”.

20 Arts. 48, n. 12, e 56 da CF 1891.

21 “Art 48. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) 11<sup>o</sup>) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal.”

A indicação se dava em acordo com a Lei nº 221/94 e com os arts. 184 a 195 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No art. 184, lia-se como requisito para inscrição, como condição de idoneidade, a habilitação em direito e o tirocínio de dois anos, no mínimo, de advocacia, judicatura ou de atividades como membro do Ministério Público.<sup>22</sup>

Dessa feita, no que toca à Justiça Federal, verifica-se que o exercício profissional (da judicatura, da advocacia, ou de serviços ao Ministério Público) era tido como o atestado necessário de idoneidade. Era pelo exercício profissional que o aspirante a juiz demonstrava a aptidão para exercer a magistratura.

Importante assinalar a discussão doutrinária reinante à época, acerca da natureza dos tribunais federais que eventualmente se viessem a criar. Enquanto uns entendiam tratar-se de verdadeira segunda instância, para outros seria também órgão que cumpriria o papel de primeira instância, em virtude da competência do Supremo Tribunal Federal de atuar em grau de recurso,<sup>23</sup> e, portanto, como segunda instância. Embora a discussão não tenha superado as raias da reflexão acadêmica – já que os tribunais federais não vieram sob a égide daquele texto<sup>24</sup> –, a posição de mais destaque apontava no sentido da segunda solução, ao argumento de que impossível a criação da terceira instância de julgamento sem a competente reforma constitucional.<sup>25</sup> A conclusão se fortalece quando tomado o art. 49 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que complementou a organização da Justiça Federal, já que foi assinalada a competência do STF para julgar as apelações e recursos cíveis.<sup>26</sup>

---

22 “Art. 184. Logo que o presidente do Tribunal receber comunicação oficial de estar vago um lugar de juiz de secção, mandará publicar um edital no Diario Official, e nos jornaes de maior circulação da Capital da República, e comunicar pelo telegrapho aos governadores e presidentes dos Estados, que fica marcado o prazo de trinta dias para serem apresentadas na secretaria as petições dos candidatos, devidamente instruidas com documentos que provem os seus serviços e habilitações, e, nomeadamente, como condições de idoneidade, que se acham habilitados em direito, com o tirocínio de dous annos, pelo menos, de advocacia, judicatura, ou ministerio público (Lei nº 221, arts. 7º, paragrapho único, e 27, § 1º; Decreto nº 848, art. 14).”

23 Art. 59, inciso II, CF/1891.

24 O Decreto nº 3.084/1898 – consolidação das leis referentes à Justiça Federal – não mencionou os tribunais federais entre os órgãos que compunham a Justiça Federal (art. 1º), mencionando, apenas o Supremo Tribunal Federal, os juizes seccionais, substitutos e suplentes, e os tribunais do júri. E foi além: determinou que os Ministros do STF, em seus impedimentos, seriam substituídos por juizes seccionais convocados (art. 7º).

25 Nesse sentido são as palavras de Pedro Lessa, em obra de 1915, ao entender que, mesmo se considerado o benefício da criação de um tribunal federal de segunda instância que atraísse parte das atribuições do STF, deveria ser realizada uma reforma constitucional, e não por meio da “violação de uma das disposições mais positivas e explicitas da Constituição” (*Do Poder Judiciário*. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 24).

26 “No processo das apellações e recursos civeis interpostos para o Supremo Tribunal Federal, assim como no processo e julgamento das causas de privativa competencia do mesmo tribunal, se observará o seu Regimento.”

Por isso, não há como apontar qualquer experiência de composição de cortes colegiadas federais, o que limita à análise aos juízes das secções, como indicado. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não se presta a comparações, em virtude das peculiaridades de sua competência.

No âmbito dos Estados, embora em vários houvesse a regra de composição dos Tribunais de Relação a partir de nomeação de membros exclusivamente da magistratura, como no caso do Estado de São Paulo,<sup>27</sup> é possível identificar algumas experiências no sentido de se buscar, entre os juristas estranhos à magistratura, os membros que viriam a integrar o Colegiado do Tribunal.

Tal ocorreu, por exemplo, com a lei de organização do Distrito Federal. Embora os desembargadores fossem, em regra, eleitos entre os juízes de direito,<sup>28</sup> com o Decreto nº 5.053/26, que criou seis novas vagas de desembargador, foi determinada uma regra de composição heterogênea para o seu preenchimento. Segundo ela, o governo escolheria livremente entre os doutores ou bacharéis em Direito, com notório saber atestado pela prática da advocacia ou pela experiência acumulada como membro do Ministério Público.<sup>29</sup>

Também na Bahia houve semelhante regramento. A Constituição Estadual, considerando o texto consolidado até 1929, dispôs que os juízes do Superior Tribunal de Justiça do Estado seriam nomeados pelo Governador a partir de uma lista formada pelo Tribunal entre os juízes que tivessem pelo menos seis anos de exercício e fossem habilitados em concurso. Contudo, na hipótese de inexistência de inscrição de número suficiente, ou insuficiência de aprovação, seria aberto novo concurso, para o qual poderiam se candidatar não somente os juízes, mas também os doutores e bacharéis em Direito, que fossem elegíveis para o Senado Estadual e contassem com mais de dez anos no exercício da advocacia, de cargos do Ministério Público, ou de magistério superior nas Faculdades de Direito do País.<sup>30</sup>

---

27 A regra foi repetida em todas as Constituições Estaduais, até a de 1935, que incorporou o quinto constitucional: art. 48 da Constituição de 1890; art. 45 nas Cartas de 1891, 1905 e 1908; art. 46, na Constituição de 1911; e art. 50, nos textos de 1921 e 1929.

28 Art. 190 do Decreto nº 16.273/23.

29 É o que dispõe o art. 34 do decreto: “O Governo poderá para as primeiras nomeações dos seis cargos de desembargadores, creados em virtude desta lei, os escolher livremente entre doutores ou bachareis em direito, de notorio saber, atestado pela pratica das magistraturas, federal ou estaduaes, do Ministerio Publico, ou da advocacia, ou entre os juizes de direito da justiça local, estes, porém, de conformidade com o disposto no art. 3º do decreto legislativo nº 4.988, de 8 de janeiro de 1926”.

30 Conforme o art. 70 e § 1º do referido diploma: “Art. 70. Os juizes do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Governador do Estado, com aprovação do Senado, mediante proposta do mesmo Tribunal, em uma lista com tres nomes tirados dentre os Juizes de Direito que tiverem pelo menos seis annos de effectivo exercicio e se houverem habilitado em concurso com boas provas de idoneidade moral e intellectual”. “§ 1º Se ao concurso não se inscreverem, ou se, inscriptos, não lograrem habilitar-se candidatos em numero sufficiente para a lista da proposta, abrir-se-á immediatamente outro concurso, para o qual se poderão candidatar não sómente juizes, mas tambem doutores ou bachareis em Direito, que sejam elegiveis para o Senado e contem mais de dez annos no exercicio advocacia, de cargos do Ministerio Publico, ou do professorado superior nas Faculdades de Direito do Paiz”.

Conclui-se, portanto, que, ao revés do que possa parecer a alguns, a prática de composição de colegiados de magistrados pela participação de juristas estrangeiros à magistratura não guarda inequívoca correlação com os princípios políticos que nortearam a Constituição de 1934, advindo, também, de uma cultura já repetida em outros momentos históricos do País. Aliás, a experiência profissional do bacharel em Direito era tida como a melhor forma de atestar a qualidade profissional.

Talvez por isso, como já adiantado, a matéria tenha sido tão pouco contestada nos debates que subsidiaram a elaboração da Carta Política de 1934.

### 2.3 *A proposta do anteprojeto. A Comissão do Itamaraty*

Como já se sabe, foi na Carta de 1934 que primeiro surgiu, no âmbito constitucional e geral, a regra de composição dos tribunais a partir da participação de membros oriundos da advocacia e do Ministério Público. No entanto, se tomado de forma isolada, o texto contido no § 6º do art. 104 da referida Carta nada revela sobre os seus fundamentos, razão pela qual não raro é vinculado a fatores inteiramente dissociados dos motivos pelos quais foi elaborado.

Assim, não obstante a lembrança histórica da trajetória da regra, como visto, é salutar repetir a movimentação da proposição, no longo caminho trilhado pelas idéias que viriam a compor o diploma promulgado em 16 de julho de 1934.

Com a Revolução de 1930, além do poder central, Getúlio Vargas assumiu o compromisso de fazer nascer uma nova ordem constitucional. Por meio do Decreto nº 21.402/32, foi instituída uma comissão – posteriormente denominada de Comissão do Itamaraty – a quem incumbiria a formação de um projeto de Constituição que servisse de base às deliberações do plenário.<sup>31</sup>

Os trabalhos da comissão, por proposta de Carlos Maximiliano – eleito o relator geral do anteprojeto –, basearam-se em relatórios parciais apresentados por subcomissões divididas por matérias. Ficaram responsáveis pela seção relativa ao Poder Judiciário os Srs. Arthur Ribeiro e Antonio Carlos.<sup>32</sup> O primeiro era, à época dos trabalhos, Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo, na carreira, atuado como promotor público, juiz e desembargador em Minas Gerais. O segundo foi promotor público e juiz no interior de Minas Gerais, antes de se dedicar à atividade política, que o levou à prefeitura de Belo Horizonte, à Câmara Federal e à presidência dos trabalhos da Assembléia Constituinte.<sup>33</sup>

---

31 Por meio do Decreto nº 22.040/32, foram regulados os trabalhos da referida comissão.

32 Atas da primeira e segunda reuniões da “sub-comissão Constitucional”, publicadas no Diário Oficial e reproduzidas no livro de José Afonso de Mendoça Azevedo, *Elaborando a Constituição Nacional*. Prefácio de Walter Costa Porto. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 13-15.

33 As apresentações constam do prefácio assinado por Walter Costa Porto (AZEVEDO, José Afonso de Mendoça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Op. cit., p. XVII-XVIII).



Com evolução das atividades da comissão, foi apresentada, na 21ª reunião da comissão, por Arthur Ribeiro, a semente do que viria a se tornar o quinto constitucional. A regra ora estudada, é importante que se diga, foi apresentada sem qualquer perplexidade, atuando como verdadeira coadjuvante em um cenário no qual a discussão quanto à unidade da jurisdição nacional se apresentava como protagonista absoluta.<sup>34</sup>

Em sua proposta, constavam como princípios norteadores da organização judiciária:

“a) concurso para a investidura, nos primeiros graus;

b) acesso por merecimento e por antiguidade, na proporção de dois por antiguidade e um por merecimento;

c) *nomeação e acesso, mediante proposta dos tribunais judiciários superiores, em listas organizadas pela forma que a lei determinar, podendo nas de merecimento entrar juristas de notório saber e reputação, embora estranhos à magistratura;*

d) vitaliciedade, não podendo o magistrado perder o lugar, senão por sentença, ou por aposentadoria voluntária, ou não *hypothese* de atingir a idade de setenta e cinco annos em que será aposentado compulsoriamente;

e) inamovibilidade, por effeito de não ser removido senão a pedido seu, por acesso voluntario, ou por proposta do tribunal superior local, quando assim o exigir o serviço público;

f) dois gráus de jurisdição, havendo sempre recurso *ex officio* para o tribunal superior local, nos casos do artigo, nº 3, letras *a, f, g, h, i, j*, sem prejuízo, porém, das *hypotheses* de jurisdição originária dos tribunais superiores e do estabelecimento de alçadas para as pequenas causas;

g) incompatibilidade absoluta da função judiciária com qualquer outra função pública;

h) irredutibilidade de vencimentos nos termos do artigo ... paragrapho 1º, e o seu pagamento effectivo, em caso algum, poderá ser retardado pro mais de tres mezes;

i) fixação, em lei federal, do mínimo de remuneração dos juizes das duas instâncias, conforme as condições peculiares de cada Estado;

---

34 Esteve em jogo, em acirrada disputa, o que já se discutia desde a promulgação da Constituição de 1891: a construção de uma organização judiciária nacional composta por uma Justiça Federal única – a unidade da Justiça – ou um modelo no qual coexistissem uma Justiça Federal ao lado das variadas Justças Estaduais – dualidade da Justiça –, tese acolhida pela primeira Constituição Republicana. Para se ter idéia da dimensão da controvérsia, basta verificar que Arthur Ribeiro, após retirar-se da comissão por ser vencido em sua tese, viu-a prosperar no seio da Assembléa Constituinte, onde prevaleceu da tese da dualidade da Justiça (POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*: 1934. Op. cit., p. 52).

j) inalterabilidade da divisão judiciária do Estado, senão no termo de cada decênio, contado da última.”<sup>35</sup> (grifos adicionados)

À apresentação de seu relatório, seguiu-se acirrada discussão acerca da querela de dualidade da Justiça, encontrando Arthur Ribeiro veemente resistência de João Mangabeira. O mais relevante aspecto de toda a discussão – que acabou redundando na saída de Arthur Ribeiro da comissão, porque vencido na tese da dualidade –, no que toca ao presente estudo, foi o fato de os conselheiros, em momento algum, discordarem a respeito da participação de juristas estranhos à magistratura. Pelo contrário, e de forma inclusive mais percuciente, os debates tornaram-se mais acalorados no aspecto sobre a quem recairia a prerrogativa de escolher os futuros componentes dos tribunais: se ao Presidente do Estado, ao Presidente da República, ou ao próprio Tribunal da Relação.<sup>36</sup>

De toda sorte, mesmo com as alterações resultantes do acolhimento da tese da unidade da magistratura, o texto do anteprojeto que seguiu à Assembléia Constituinte manteve a proposta da composição heterogênea dos tribunais, formulada por Arthur Ribeiro:

“Art. 49. A Justiça reger-se-á por uma lei orgânica, votada pela Assembléia Nacional.

§ 1º Caberá, porém, aos Estados fazer sua divisão judiciária e nomear os juizes que neles tiverem exclusivamente jurisdição, observadas as seguintes prescrições:

(...)

e) composição do Tribunal da Relação, na proporção de dois terços dos desembargadores escolhidos entre os juizes 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.” (grifos adicionados)

#### 2.4 O projeto apresentado pela Comissão dos 26 e o texto definitivo

Encerrados os trabalhos da Comissão do Itamaraty, com a apresentação do anteprojeto, a Assembléia Constituinte entendeu por bem constituir uma comissão, que iria buscar adequar o anteprojeto aos ânimos da Constituinte. A comissão, primeiramente denominada como Comissão Constitucional, passou, em pouco tempo, a ser chamada de Comissão dos 26, em referência ao número de seus integrantes.

---

35 Cf. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Op. cit., p. 393.

36 Cf. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Idem*, *ibidem*, op. cit., p. 406-408.

Tendo como presidente o Deputado Carlos Maximiliano, quem primeiro propôs no âmbito da Comissão do Itamaraty a divisão dos trabalhos, idêntica rotina de trabalho teve a Comissão dos 26, com divisão do material a ser apreciado em subcomissões compostas por dois membros cada. A responsabilidade da relatoria parcial quanto ao tema relativo ao Poder Judiciário, desta vez, recaiu sobre Alberto Roselli e Levi Carneiro, este último deputado eleito como representante dos profissionais liberais e então presidente da recém criada Ordem dos Advogados do Brasil.

A proposta apresentada à Comissão dos 26 por Levi Carneiro mantinha o espírito da participação, na composição dos tribunais, de juristas estranhos à magistratura. Contudo – o que demonstra a fragilidade da idéia de defesa de interesses corporativos –, a proposta reduzia, de um terço para um quinto, a referida participação. E mais: em atenção a certas experiências estaduais, como a da Bahia, por exemplo,<sup>37</sup> sugeriu a realização de concursos públicos também para essas vagas. Eis o dispositivo, tal como proposto:<sup>38</sup>

“§ 6º Na composição dos tribunais superiores poderão ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de notável saber jurídico e reputação, dentre uma lista tríplice organizada conforme o § 1º ou mediante concurso conforme a letra a.”

Estava proposta na referida alínea a e no § 1º, respectivamente:

“a) investidura nos primeiros graus, mediante concurso de provas, organizado pelo Tribunal da Relação, sendo a classificação, sempre que possível, em lista tríplice.”

“§ 1º Para as promoções por merecimento, será organizada, por escrutínios secretos, lista tríplice, sendo um dos nomes indicados pelo mesmo tribunal, outro pelos juizes da categoria de que se fizer a promoção, e outro pelo Conselho da Secção da Ordem dos Advogados, e cabendo ao Tribunal fazer a indicação pelo órgão que a não fizer no prazo fixado em lei.”

Verifica-se do projeto apresentado por Levi Carneiro que a idéia não era criar uma reserva de mercado para advogados ou membros do Ministério Público. O que se pretendia era a efetiva participação, de juristas com outras experiências, no processo de seleção dos magistrados.

Na mesma linha, propôs que os advogados deveriam participar não só da composição do colegiado, na proporção de um quinto, mas também na formulação da lista tríplice da qual sairia o juiz promovido por merecimento, com a indicação de um dos nomes. As demais indicações ficariam a cargo, respectivamente, dos membros do Tribunal e dos juizes da mesma jurisdição. A regra, é inequívoco,

37 Vide nota 25.

38 Os trechos encontram-se no volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 360-361.

buscava oxigenar os poderes dos tribunais no que toca à composição, dividindo, com outros segmentos das atividades jurídicas, a responsabilidade por decisões que, ainda que mediatamente, afetavam toda a sociedade.

O espírito das reformas capitaneadas por Levi Carneiro também reverberou na proposta de seleção dos Ministros do STF e dos juizes federais, como se conclui da leitura das seguintes propostas:<sup>39</sup>

“§ 1º Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados, pelo Presidente da República, dentre cinco cidadãos, com os requisitos acima exigidos, indicados, na forma da lei, sucessivamente, em escrutínios secretos, um pelas congregações dos professores catedráticos das Faculdades de Direito oficiais e reconhecidas oficialmente, um pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, um pelos juizes federais de 2ª instância, ou, se os não houver, pelos juizes federais de 1ª instância, e dois pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Quando se tratar de Juiz Federal, de 1ª instância, ou dos tribunais inferiores, ressalvado o disposto nos artigos ... (Justiça Militar e Eleitoral), as indicações, na forma determinada pelo § 1º, serão feitas pelas Congregações das Faculdades de Direito, pelo Conselho da Secção da Ordem dos Advogados, pelo tribunal local, do território sob a jurisdição do juiz a ser nomeado, e pelo Supremo Tribunal Federal.”

Embora não tenha feito expressa referência à regra do quinto nas justificativas de sua proposta, é possível alcançar seus objetivos pelas palavras apresentadas em relação aos parágrafos acima transcritos:<sup>40</sup>

“§ 1º A organização da lista poderia ser atribuída exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal. Raol de la Grasserie mostrou, em palavras, que a exposição de motivos da comissão presidida pelo Exmo. Sr. Ministro Bento de Faria recordou os inconvenientes do sistema da cooptação, que torna a magistratura um corpo fechado, e a degrada e atrofia.

Assim, para que da formação da lista participem todos os centros de cultura jurídica do país, adotou-se a norma *supra*. A participação dos advogados, por intermédio da Ordem que o governo instituiu, é particularmente significativa. O Governo Provisório adotou-a em relação à justiça local do Distrito Federal – com bons resultados. A lei ordinária regulará os detalhes do processo de escolha. A apuração de voto será feita, naturalmente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que organizará a lista.

§ 2º Para a escolha dos juizes seccionais e dos tribunais inferiores concorrerão, seguindo o mesmo critério adotado em relação ao STF, os juizes e os centros de atividade jurídica do território de sua jurisdição.”

---

39 Volume X dos anais da Assembléa Constituinte de 1933/1934, p. 353.

40 Volume X dos anais da Assembléa Constituinte de 1933/1934, p. 363.

A proposta, ousada em vários aspectos, sobretudo no que toca à referência à participação direta dos centros de cultura jurídica no processo de seleção dos magistrados, foi superada ainda no seio da própria Comissão dos 26. A versão final do projeto apresentado, publicada no Diário do dia 15.03.1934, deixou de prestigiar várias das propostas de Levi Carneiro.

No tocante à composição do STF, saiu vitoriosa na Comissão dos 26 a tese posteriormente acolhida pela Plenária e consolidada no art. 74 da Constituição de 1934.<sup>41</sup> Também no tocante à seleção dos juizes federais, prevaleceu tese contrária à do relator, propondo a Comissão que a matéria fosse regulada por lei, observando-se sempre a regra do concurso e da homologação pela Câmara dos Estados.<sup>42</sup>

No que toca especificamente ao objeto deste estudo – a composição dos tribunais –, foi o relator vencido na sua idéia de amplitude de participação da formação da lista, sendo apresentado o seguinte texto:<sup>43</sup>

“Art. 122.

(...)

§ 4º Na composição dos tribunais superiores poderão ser reservados lugares, não excedentes de um quinto do número total, para serem preenchidos por advogados, ou membros do Ministério Público, de distinto merecimento, dentre uma lista tríplex, organizada pelo Tribunal de Relação, ou mediante concurso, conforme a letra a.”

Vencido em várias de suas propostas, ainda no âmbito da Comissão dos 26, Levi Carneiro ainda fez questão de assinalar a convicção naquilo que apresentara, ao registrar:<sup>44</sup>

“Adotaria, pelo menos, várias emendas que formulei e que não são inconciliáveis com o sistema do Anteprojeto – especialmente sobre nomeações (desde os ministros do Supremo Tribunal Federal até as dos auxiliares de justiça), tendentes a coibir o desmedido arbítrio do Presidente da República.”

Levada a votação em Plenário, venceu a tese de obrigatoriedade da regra, com substituição da expressão “poderão” para “serão”, sendo superada, ainda, a idéia de seleção mediante concurso público. Eis o texto que definitivamente compôs a Carta de 1934.<sup>45</sup>

41 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 584.

42 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 586.

43 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 590.

44 Volume X dos anais da Assembléia Constituinte de 1933/1934, p. 611.

45 Vale realçar que, embora tenha sido feita referência aos tribunais federais como órgão do Poder Judiciário na Constituição de 1934 (art. 63, alínea b) – a exemplo do ocorrido na Constituição de 1891 –, não existira, até então, semelhante experiência, que só veio a se concretizar após a promulgação da Constituição de 1946, com a criação do Tribunal Federal de Recursos (art. 103 e seguin-

“Art. 104. Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes:

(...)

§ 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 triplíce, organizada na forma do § 3º.”

### 3 OS FUNDAMENTOS DA PARTICIPAÇÃO

De base dos subsídios históricos, é possível enxergar, com mais precisão, as razões pelas quais surgiu e se mantém a norma segundo a qual os tribunais brasileiros devem ser compostos com a participação dos juristas egressos da advocacia e do Ministério Público.

Em primeiro plano, deve ser desconsiderada a tese segundo a qual a participação derivaria de suposto interesse corporativo classista, a exemplo da participação parlamentar das classes – o que, de fato, ocorreu na Constituinte de 1933/1934 –, ou da representação classista na Justiça do Trabalho.

Nada há que ligue o quinto constitucional ao vocalato na Justiça do Trabalho além da partilha do mesmo berço, já que ambos surgiram, em sede constitucional, em 1934.<sup>46</sup> Enquanto no âmbito trabalhista se pretendeu a conciliação, por aparato administrativo, dos conflitos nascidos em virtude da relação de trabalho – a justificar a participação de representantes das classes envolvidas –, no âmbito da composição dos tribunais, a idéia inicial voltava-se precisamente à diversificação da composição, com o fim de atrair aos colégios de magistrados experiências outras daquelas decorrentes do exercício da magistratura.

Em momento algum se pretendeu, com a representação dos advogados e membros do Ministério Público, que estes, quando investidos da função judicante, defendessem os interesses dos seus colegas, à época das respectivas militâncias. Aliás, tal idéia se mostra absolutamente incompatível com a experiência desenvolvida

---

tes). Talvez por isso, com a manutenção de grande dúvida sobre a utilidade e viabilidade desses tribunais – como já demonstrado no presente estudo –, a garantia do quinto constitucional não tenha se estendido – nem mesmo em proposta – à Justiça Federal. Mesmo porque, desde sua criação, o Tribunal Federal de Recursos já contava com a participação de advogados e membros do Ministério Público, na proporção de um terço (art. 103, *caput*).

46 Consta do parágrafo único do art. 122 da Constituição Federal de 1934 a referência à composição paritária dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação. Sublinhe-se, por oportuno, que, desde o Decreto nº 22.132, de 25 de novembro de 1932 – que instituiu as Juntas de Conciliação e Julgamento –, há previsão da representação paritária.

desde seu surgimento, não havendo mesmo quem aponte exemplo que a ilustre, o que, inclusive, seria recebido como descortês ofensa, caso não comprovada.

Na representação classista, ao contrário, os representantes não só se apresentam como defensores das classes que lhe elegeram, como justificam sua atuação a partir dos princípios de suas respectivas origens. Esse é o espírito, inclusive, que se identifica na composição paritária das comissões de conciliação prévia, não havendo aí nada que desabone as atividades dos conciliadores.

A composição dos tribunais de forma ampla, com a participação de pessoas de destaque em outras carreiras da organização judiciária, ademais, apenas confirma o já positivado na Constituição de 1988, no sentido da indispensabilidade dos advogados e do Ministério Público à organização da Justiça.<sup>47</sup> Considerando que se encontram em plano horizontal, nada há de estranho que os membros das carreiras diretamente envolvidas com a administração da Justiça tenham, na proporção escolhida, oportunidade de contribuir para a consolidação da jurisprudência com as experiências acumuladas em tarefas diversas da judicatura.

O que se deve ter em foco, em verdade, é a busca da formação de um Poder Judiciário capaz de viabilizar a reciclagem de idéias e experiências, objetivo que passa, necessariamente, pelo sistema de composição dos tribunais. A qualidade da prestação jurisdicional, a par de se comunicar com a experiência profissional do julgador, guarda estreita vinculação com sua compreensão das relações sociais formadoras da coletividade, bem como das possibilidades e limites do direito.

Os debates envolvidos com a criação do quinto constitucional revelam essa medida. Na idealização do modelo, as questões discutidas envolviam seus aspectos mais subjetivos. Mais importante do que definir sobre qual carreira irá recair a escolha, é definir quem será o detentor da prerrogativa, assinalar os critérios de limitação do poder, compor a exata medida de participação dos Poderes do Estado e das instituições sociais nessa escolha, definir o perfil profissional e acadêmico dos aspirantes à ocupação da vaga, entre outros aspectos.

Apenas se forem superadas as deficiências do debate tal como apresentado atualmente é que será possível inaugurar um sólido movimento, livre de paixões, em cujo seio seja possível eventual amadurecimento ou confirmação desta relevante matéria.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAIS da Assembléia Constituinte de 1933/1934. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. X, 1936.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Prefácio de Walter Costa Porto. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

---

47 Arts. 127 e 133 da Carta Magna de 1988.

## DOUTRINA

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Coleção História Constitucional Brasileira, edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

MELO, Hugo. O quinto constitucional e a independência da magistratura. *Revista Cidadania e Justiça*, ano 5, n. 12.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, t. III, 1938.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman, Koogan Ltda., [s.d.].

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.