

INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 94, *CAPUT*, 111, § 2º, E 115 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RESPOSTA A CONSULTA

Ives Gandra da Silva Martins *

CONSULTA

“Conforme contato mantido com V. Ex^a, tenho a honra de encaminhar-lhe material remetido pela Vice-Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros afeta à área trabalhista, envolvendo os desdobramentos da Emenda Constitucional nº 24/99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho.

Como anteriormente mencionado, tem-se em mira interesse dos magistrados trabalhistas, mas com repercussão para toda a magistratura nacional, o que motivou a AMB a procurar insigne Professor e Jurista como V. Ex^a”

RESPOSTA

Em termos de breve resposta à consulta, e não de parecer ou opinião legal, respondo à questão formulada pela Associação Brasileira dos Magistrados sobre a proporcionalidade das vagas dos Tribunais Regionais do Trabalho a serem preenchidas por membros do Ministério Público e da Advocacia, em face da Emenda Constitucional nº 24/1999¹.

Creio, nada obstante a relevância reconhecida pelo eminente Ministro Pertence à matéria, ao conceder medida liminar em mandado de segurança impetrado pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho contra a indicação, pelo Presidente da República, de magistrado de carreira para preencher vaga deixada por egresso do

* *Professor emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.*

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

Conforme deflui da Constituição, um quinto dos lugares será preenchido de advogados e de membros do Ministério Público, com notório merecimento, idoneidade moral e dez anos pelo menos de efetiva atividade profissional. Note-se, porém, que a Constituição vigente não dá aos advogados um décimo dos lugares nem aos membros do Ministério Público outro décimo, nem estabelece a alternância das nomeações, conforme estava na E.C. nº 16/65 (art. 18, V); ou na Constituição de 1946 (art. 124, V). Quis o constituinte, apenas, que, em qualquer tribunal, um quinto do todo fosse preenchido por advogados e membros do Ministério Público, não importando que nesse quinto houvesse maioria de advogados ou de membros do Ministério Público. Será, todavia, contrário à Constituição que somente advogados ou somente membros do Ministério Público venham a compor o quinto constitucional.

Ministério Público, no TRT da 15ª Região, entendo que a questão não se reveste da complexidade que se lhe pretende outorgar, após a E.C. nº 24/1999².

O quinto constitucional é garantido pelo artigo 94 da C.F., cuja dicção se segue:

“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 10 anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 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 20 dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.”

Antes da E.C. nº 24/1999, essa norma prevalecia, sem qualquer espécie de contestação, para os Tribunais Trabalhistas, independente do fato de sua composição hospedar os juízes classistas³.

A lei orgânica da Magistratura houve por bem fixar o princípio da alternância. Nomeado, por exemplo, um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será de advogado. E assim por diante” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol.2, Ed. Saraiva, 1992, p. 200).

2. O despacho de S. Ex^a é o seguinte: “Cuida-se de mandado de segurança requerido pela Assoc. Nac. dos Proc. do Trabalho, com pedido liminar, que visa a impedir a nomeação pelo Sr. Presidente da República, de juiz togado do TRT/15ª Região (Campinas), com base em lista tríplice de juízes do trabalho de 1º grau: é que, cuidando-se do provimento de vaga resultante da aposentadoria de juiz oriundo do Ministério Público, entende a impetrante – com base no art. 115, parágrafo único, c/c art. 111, I, da Constituição – que a nomeação deveria fazer-se dentre integrantes de lista de Procuradores do Trabalho, organizada conforme o procedimento estabelecido no art. 94 da Lei Fundamental, nada importando, no ponto, a extinção pela E.C. 24/99 dos cargos de juízes classistas dos Tribunais trabalhistas.

Entendeu ao contrário o TRT que, com a extinção dos classistas e conseqüente redução numérica de sua composição, nela, a participação de juízes escolhidos dentre advogados e membros do Ministério Público há de ser igualmente diminuída, de modo a corresponder a um quinto do total, nos termos da regra geral do art. 94 da Constituição.

A controvérsia, logo se percebe, é relevante e intrincada.

E ainda que a temida nomeação, na pendência do processo, não gere fato juridicamente irreversível, entendendo ser de inequívoca conveniência dos interessados e da máquina judiciária que não se viabilize a investidura de juiz *sub judice*.

Defiro, pois, a liminar, para que se abstenha o Sr. Presidente da República da nomeação questionada até a decisão definitiva do mandado de segurança” (M.S. 23.647-7-Distrito Federal, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 08/03/2000).

3. O artigo 115 estava assim redigido antes da E.C. n. 24/1999: “Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, sendo dois terços de juízes togados vitalícios e um terço de juízes classistas temporários, observada, entre os juízes togados, a *proporcionalidade estabelecida no art.111, § 1º, I*”, tendo merecido de Celso Ribeiro Bastos o seguinte comentário: “Os membros do Tribunal Regional do Trabalho são denominados de “juízes” e são constituídos por magistrados de carreira, advogados, membros do Ministério Público do Trabalho e de juízes classistas temporários. Ressalvados os classistas, os outros recebem a denominação de juízes togados vitalícios, cuja proporcionalidade deverá necessariamente obedecer à proposição do art. 111, § 1º, I, do texto constitucional.

Após a extinção da representação classista, não mais havendo possibilidade de indicações para cargos dessa natureza, que deixaram de existir, o artigo 94 continuou, a meu ver, a reger toda a composição dos Tribunais Judiciais, exceção feita à dos Tribunais Superiores, ou seja STF, STJ, TSE, TST, TSM.

No Supremo Tribunal Federal, a escolha não se submete a nenhum critério de origem; o STJ impõe o terço constitucional para o Ministério Público e Advocacia; o TST enumera, em *numerus clausus*, os Ministros que são egressos da Advocacia e do Ministério Público, o mesmo ocorrendo com o TSE; e o STM admite em sua composição cinco civis, que devem preencher os requisitos de notório conhecimento jurídico e ilibada reputação.

O inciso II do parágrafo único do artigo 104 faz remissão ao artigo 94, como forma de *indicação alternada* de integrantes do Ministério Público e da Advocacia para composição do terço constitucional do STJ, e não para definição de proporcionalidade. Ao contrário, para composição dos quadros dos Tribunais Regionais do Trabalho, o artigo 94 é elencado como *forma de indicação* (115 inciso II) e de *proporcionalidade* (115 *caput*)⁴.

O artigo 111, § 2º, modificado pela E.C. nº 24/1999, passou a ter a seguinte dicção:

“§ 2º O Tribunal encaminhará ao Presidente da República listas tríplexes, observando-se, quanto às vagas destinadas aos advogados e aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 94; as listas tríplexes para o provimento de cargos destinados aos juízes da magistratura trabalhista de carreira deverão ser elaboradas pelos Ministros togados e vitalícios”,

vinculando à *observância* da proporcionalidade prevista no artigo 94 a composição dos Tribunais Regionais do Trabalho conforme remissão constante do *caput* do artigo 115, assim redigido este último:

“Art. 115 Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juízes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2º do art. 111”.

Aqui cabe um esclarecimento essencial. A anterior dicção do artigo 115 fazia clara referência ao preenchimento das vagas respeitando-se

“a proporcionalidade estabelecida no artigo 111, § 1º, I”,

enquanto a atual redação retira a proporcionalidade do artigo 111, § 1º, I (*numerus clausus* para indicação dos juízes togados do TST) e refere-se, apenas, à proporcionalidade do § 2º do artigo 111, que, por seu lado, determina a obediência ao

Os juízes do Tribunal Regional do Trabalho serão nomeados pelo Presidente da República, fazendo por justificar o dispositivo que prevê ser este ato privativo do Chefe do Executivo (art. 84, XVI, da C.F.)” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 4, tomo III, Ed. Saraiva, 1997, p. 442).

4. O inciso II do parágrafo único do art. 104, da Constituição Federal, tem a seguinte dicção: “II. um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, *alternadamente*, indicados na forma do art. 94” (grifos meus).

“disposto no artigo 94”⁵.

Pelo novo discurso da Lei Maior, o artigo 111, § 2º, é utilizado como ponto referencial – não para efeitos de explicar a proporcionalidade de participantes no TST, pois esta explicação compõe o próprio *caput* do art. 111 –, mas para inequívoca referência à composição proporcional do TRT, que deve ser realizada nos termos do artigo 94.

Antes da E.C. nº 24/1999 o problema não se colocava, pois o quinto era rigorosamente respeitado, em face do acréscimo dos juízes classistas.

A partir da E.C. nº 24/1999, a meu ver, o problema também não se coloca, pois o que determina o artigo 115 é que a proporcionalidade do artigo 94 seja mantida, pois só de proporcionalidade cuidou o artigo 115 ao referir-se ao art. 111, § 2º. E, também a meu ver, claramente deixou de referir-se à *proporcionalidade* do artigo 111, § 1º, I (pretérita redação) para referir-se à *proporcionalidade* do artigo 94 (redação atual)⁶.

Ora, não há como pretender que a *proporcionalidade* prevista pela E.C. nº 24/1999 e definida pelo artigo 94 – *que deve ser observado* – seja afastada para se adotar outra proporcionalidade que já não é mais referida pelo texto constitucional (artigo 111, § 1º, inciso I, no passado, 111, *caput*, no presente)!!!

É bom repetir que, na redação anterior, a proporcionalidade do artigo 115 vinculava-se ao artigo 111, § 1º, I, ou seja, à proporcionalidade do TST. Na redação atual,

5. Pinto Ferreira lembra que: “O STF já decidiu que “os juízes que integrem, pelo quinto, os Tribunais de Alçada, somente concorrem às vagas no Tribunal de Justiça correspondentes à classe dos magistrados” (RTJ, 92:460). Em consequência de tal julgado, os juízes dos Tribunais de Alçada, provenientes das corporações da OAB e do Ministério Público, não conservam mais a sua vinculação às corporações de que provieram para o acesso ao Tribunal de Justiça. Foi assim superada a interpretação que o STF dava anteriormente à matéria, concretizada em diversos julgados (RTJ, 66/631; 67:630).

4º) Somente o Tribunal de Justiça pode elaborar a lista tríplice que contém os nomes dos advogados e dos membros do Ministério Público, sendo inconstitucionais as disposições que atribuam esta competência a outros órgãos estranhos ao Poder Judiciário (Rep. 813-BA, 1970, in José Celso de Mello Filho, Constituição Federal anotada, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 396).

5º) O STF decidiu que “não é inconstitucional o preceito da organização judiciária que determina que, na formação do quinto destinado a advogados e membros do Ministério Público no Tribunal de Justiça, se compute como unidade a fração superior a meio” (RT, 282:870)” (Comentários à Constituição Brasileira, 4º vol., Ed. Saraiva, 1992, p.16).

6. O artigo 94 cuida exclusivamente da *proporcionalidade e seu parágrafo único da forma de nomeação*, tendo José Cretella Jr. assim o comentado: “31. Preenchimento dos lugares pelo quinto constitucional: Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto (a) de membros do Ministério Público, com mais de 10 anos de carreira, e (b) de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

32. Escolha do integrante para nomeação: Recebidas as indicações, o Tribunal – o TRF, os Tribunais dos Estados, e o do Distrito Federal – formará agora lista tríplice, enviando-a ao Chefe do Poder Executivo, que, dentro de 20 dias, escolherá um dos integrantes para a nomeação.

Temos, no caso de cada nomeação, o chamado ato administrativo complexo e discricionário, porque se aperfeiçoa com a participação de dois órgãos, o indicador dos nomes, o órgão da respectiva classe, e o Chefe do Poder Executivo” (IV Comentários à Constituição 1988, Forense Universitária, 1992, 1ª ed., p. 3022/3023).

deixou de vincular-se ao artigo 111, § 1º, I, que passou a ser o *caput* do artigo 111 – ou seja, à proporcionalidade da composição do TST – para adotar-se a composição a que se refere o artigo 94 válido para os demais Tribunais. Se quisesse manter a mesma proporcionalidade, o artigo 115 continuaria fazendo referência ao artigo 111 *caput* e não ao § 2º, que impõe a obediência ao artigo 94 da Constituição Federal, quanto à proporcionalidade das indicações do Ministério Público e Advocacia.

Em outras palavras: houve substancial alteração do discurso constitucional para manter o quinto constitucional não mais como referência à composição do TST (artigo 111, *caput*), que continua com *numerus clausus*, mas com referência ao artigo 94 da Constituição Federal⁷.

Se a referência ao artigo 94 dissesse respeito apenas à forma alternativa para indicações, como pretende a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, ela seria despicienda, pois tal matéria já está prevista no inciso II do próprio art. 115, que estabelece a observância do artigo 94 para indicação dos membros do Ministério Público e da Advocacia que deverão compor o TRT⁸.

Como o *caput* cuida de proporcionalidade e como o § 2º do artigo 111 manda obedecer ao artigo 94 – que cuida da proporcionalidade de 1/5 – e como antes da E.C. nº 24 tal proporcionalidade já era de 1/5 em face dos juízes classistas, não há como entender que não deva tal proporcionalidade ser obedecida, nos termos do expressamente mencionado art. 94, para se adotar a de 1/3 do *caput* do artigo 111, não mais referido no artigo 115, como o era antes da E.C. nº 24/1999.

Em termos diversos, o art. 115 manda ser obedecido não o *caput* do artigo 111, mas o § 2º deste artigo, cujo referencial de proporcionalidade não é de 1/3, mas de 1/5, pois estabelecida pelo artigo 94 da Constituição Federal⁹.

7. Francesco Ferrara (“Interpretação e aplicação das leis”, 2ª ed., Coimbra, 1963, p. 129) esclarece que para o intérprete mais perigoso que o apego à letra da lei é forçar exegese, colocando no texto o que lá gostaria que estivesse ou de lá retirando o que não lhe agradasse.

8. É também esta a interpretação de Celso Bastos ao comentar o dispositivo: “O § único, que recebeu nova redação com o advento da E.C. n. 24/99, enumera em dois incisos os magistrados integrantes do Tribunal Regional do Trabalho. O terceiro inciso foi revogado pela referida emenda, não mais prevenindo a representação classista na Justiça do Trabalho. Foram eliminados, portanto, aqueles juízes indicados em listas triplíces pelas diretorias das federações e dos sindicatos com base territorial na região. No primeiro inciso do parágrafo sob comentário, a lei determina que a escolha seja alternada entre os magistrados promovidos por merecimento e antigüidade. O texto expressa de forma total o sentido das suas palavras, não se fazendo mister maiores comentários.

Quanto aos advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, *será obedecida a regra do “quinto constitucional”, prevista no art. 94*. Essa regra visa a mesclar o Tribunal com profissionais de outras áreas, também possuidores de conceitos do mundo jurídico, aproximando ainda mais suas decisões dos anseios da sociedade organizada” (grifos meus) (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo III, ob. cit. p. 447).

9. Wolgran Junqueira lembra que o artigo 94 apenas cuida do quinto constitucional: “Trata este artigo do denominado quinto dos advogados e membros do Ministério Público. Terão direito nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

DOUTRINA

Como último aspecto, é de se lembrar que a referência é apenas ao artigo 94, que disciplina o quinto constitucional, e não a seu parágrafo único, este sim cuidando da forma de indicação.

Há de se interpretar a Constituição como ela foi elaborada, fazendo com que prevaleça a intenção do constituinte de manter a relação de proporcionalidade do *caput* do artigo 115 vinculada exclusivamente à proporcionalidade do artigo 94, único mencionado no § 2º do artigo 111¹⁰.

Desta forma, entendo que, a partir da E.C. 24/1999, deve ser adotada para preenchimento das vagas dos Tribunais Regionais do Trabalho a proporcionalidade prevista no artigo 94, destinando-se 1/5 das vagas aos egressos do Ministério Público e da Advocacia.

S.M.J.

São Paulo, 19 de julho de 2000.

Serão indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação da respectiva classe.

Quando a vaga pertencer aos membros do Ministério Público, seis serão indicados, para um deles ser nomeado. Quando a vaga pertencer aos advogados, seis serão os indicados e, um nomeado. A lista sêxtupla para o preenchimento do quinto reservado ao Ministério Público e aos advogados não poderá ser heterogênea, isto é, três advogados e três membros do Ministério Público ou, vice-versa. Há que ser homogênea, três advogados ou três membros do Ministério Público. Para ambos, se exige 10 anos de prática forense. Deverão os advogados estar advogando; não basta que tenham condições para advogar, assim como os membros do Ministério Público deverão estar em exercício. Os aposentados não poderão.

O quinto a que se refere o texto será para qualquer Tribunal. Há que se entender, não só o de Justiça, que é o órgão máximo, como qualquer outro de segunda instância ou instância superior à primeira” (Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, Julex Livros, 1ª ed. 1989, p. 706).

10. Carlos Maximiliano lembra que: “Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário” (Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 9ª. ed. 1979, pp. 309/310).