



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

A INCOERÊNCIA EM TORNO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

ORIENTANDO: HEITOR AYRES TOLENTINO CINTRA
ORIENTADOR: PROF. DOUTOR JOSÉ ANTÔNIO TIETZMANN E SILVA

GOIÂNIA
2021

HEITOR AYRES TOLENTINO CINTRA

A INCOERÊNCIA EM TORNO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Orientador: Dr. José Antônio Tietzmann e Silva

**GOIÂNIA
2021**

HEITOR AYRES TOLENTINO CINTRA

A INCOERÊNCIA EM TORNO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Data da Defesa: 29 de novembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Tietzmann e Silva Nota: __

Examinador(a) Convidado(a): Prof.(a) Dr. Gil César Costa de Paula Nota: _

A INCOERÊNCIA EM TORNO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

Heitor Ayres Tolentino Cintra¹

O presente artigo científico tem como objetivo fazer uma abordagem em torno do chamado quinto constitucional, disposto na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 94, ao qual disciplina que, dentre os lugares compostos pelos membros dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, o referente a um quinto, ou seja, 20% dos membros, deve ser composto por membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e, de advogados, com mais de dez anos de carreira, reputação ilibada e notório saber jurídico. Estes membros são escolhidos pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil por meio de uma lista sêxtupla, encaminhada ao respectivo tribunal o qual se ocupará a vaga, que deverá formar, desta lista sêxtupla, uma lista triplíce, que é encaminhada ao Poder Executivo, dado que, no decorrer dos vinte dias subsequentes, decide qual dos três listados deverá compor a vaga reservado ao quinto constitucional. Muitos são os juristas que discordam da validade do quinto constitucional e é justamente este o questionamento que será discutido.

Palavras-chave: Correção. Incoerência. Necessidade. Validade.

¹ Acadêmico de Direito da Pontifícia da Universidade Católica de Goiás, Escola de Direitos e Relações Internacionais, cursando o 9º período.

SUMÁRIO

RESUMO.....	03
INTRODUÇÃO.....	05
1- QUINTO CONSTITUCIONAL: AMPARO JURÍDICO COM A PRO- TEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	07
1.1 O SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO QUINTO CONSTITUCIONAL...	07
1.2 A ÉGIDE CONSTITUCIONAL EM TORNO DO TEMA.....	08
1.3 A ABRANGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO....	09
2- AS CONTRADIÇÕES E INCOERÊNCIAS EM TORNO DO QUINTO.....	11
2.1 DIFERENTES FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO.....	11
2.2 INTERFERÊNCIA POLÍTICA NO TEMA.....	12
2.3 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	13
2.4 OPINIÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO.....	15
2.5 POSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O TE- MA.....	16
3- A POSSÍVEL ABOLIÇÃO DO QUINTO CONSTITUCIONAL.....	17
3.1 AS CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO QUINTO.....	17
3.2 A PERSPECTIVA DE MELHORA FRENTE A IDEIA DA NOVA LEGIS- LAÇÃO.....	18
CONCLUSÃO.....	19
REFERÊNCIAS.....	21

INTRODUÇÃO

Ao discorrer sobre a independência do Poder Judiciário, Gilmar Mendes (2013, p. 936) comenta:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal.

Ao analisar o que as doutrinas dispõem acerca da independência do Poder Judiciário, interpretasse que, em decorrência desta independência, têm-se que seus órgãos também desfrutem de tamanha autonomia. Neste sentido, é incoerente que um órgão tenha influência sobre o outro ou que usurpe, mesmo que em parte, funções que não são de sua competência, com resultado de ir contra ao disposto na Carta Magna.

Explorando este ponto de partida, evidenciasse que o problema do quinto constitucional interfere no direito como uma inconstitucionalidade que vai contra tudo que o Estado democrático de direito prega, trazendo à tona ações, de forma mascarada, que a sociedade brasileira levou anos para proibir legalmente, não só aparecendo por meio da interferência de uma competência na outra, mas também pela ótica da imparcialidade, sendo a decisão final do jurista a ocupar a vaga por encargo do chefe do Executivo, que, claramente, por razões óbvias de relacionamento, indica a pessoa que tem mais proximidade.

Ao observar o artigo 8º do Código de Ética da Magistratura, têm-se:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Ao sondar este artigo, ponderasse sobre a enorme insensatez que é o quinto constitucional. Não há como existir ética trabalhista em um ambiente que já se inicia sem ética, com falta completa de distanciamento, no sentido da imparcialidade, bem como a existência de um favoritismo escancarado, afinal, a indicação a um cargo pressupõe a existência de preferência.

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal não cria

empecilhos para repensar sobre a continuação do quinto, afinal, vivenciam uma situação parecida, sendo que os ministros não tomam posse do cargo por meio do quinto, mas, de igual modo, por indicação política.

Em relação a opinião da maioria dos profissionais do direito, estes são categóricos ao afirmar que o quinto deveria deixar de existir; entretanto, por pressão do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, que possuem verdadeiro e claro interesse, e, juntamente, por ser amparado pela Constituição Federal, sendo parte da Lei máxima do país, fica árdua sua alteração. No entanto, por ser visto como uma incoerência no ordenamento jurídico brasileiro, que o presente trabalho trata sobre sua falta de necessidade.

Neste sentido, estará sendo elaborado um trabalho científico *stricto sensu*, que analisará os problemas acerca do assunto, como a interferência política do tema, a posição do Supremo Tribunal Federal e as demais incoerências sobre o tema. Com isto, será analisada as hipóteses da extinção do quinto constitucional, juntamente com as perspectivas de futuro advindas desta aniquilação.

O trabalho em questão, usará, como referências, doutrinas, a própria Constituição Federal, assim como as pesquisas online. Em relação à estrutura, será relatado o assunto alvo da pesquisa, seguido da apresentação dos problemas e, logo após, as hipóteses, com a pesquisa teórica, que resultará nas conclusões.

1 – QUINTO CONSTITUCIONAL: AMPARO JURÍDICO COM A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 O SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

O surgimento do quinto constitucional ocorreu na elaboração da Constituição de 1934. De acordo com o artigo 104, §6º, da respectiva Constituição:

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 tríplice, organizada na forma do § 3º.

Sendo assim, a Constituição de 1934 iniciou a ideia da “democratização” e “oxigenação” dos Tribunais, defendida pelo quinto constitucional. E, após esta, todas as outras Constituições seguintes mantiveram a defesa do quinto, algumas trazendo mudanças para o seu aprimoramento, como a Constituição de 1946 que passou a exigir pelo menos 10 (dez) anos de exercício forense, juntamente com a alternância da ocupação dos cargos entre os advogados e os representantes do MP. O artigo 124, V da Constituição de 1946, estabelecia:

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

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 tríplice. Escolhido um membro do Ministério Público, a vaga seguinte será preenchida por advogado;

A Constituição de 1967 passou a estabelecer que os advogados que ocupassem as vagas destinadas ao quinto deveriam estar em exercício da profissão. O artigo 136, IV da Constituição de 1967, estabelecia:

Art 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes:

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 tríplice.

Em definitivo, a presente Constituição de 1988 passou a estabelecer que a lista apresentada pela OAB e pelo Ministério Público deve ser sêxtupla e não mais tríplice, como era determinado desde a Constituição de 1934. Sendo assim, a atual Constituição disciplina, em seu artigo 94:

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

1.2 A ÉGIDE CONSTITUCIONAL EM TORNO DO TEMA

A Constituição Federal regula, organiza e garante o que é mais importante para o funcionamento do Estado brasileiro, bem como para a proteção dos direitos dos cidadãos do país.

Neste sentido, por estar regulado dentro da Constituição, em seu artigo 94, interpretasse que o quinto constitucional integra o que é de primordial na estrutura do Estado, e, sendo assim, não deveria ser alterado.

Entretanto, o fato de uma norma estar regulamentada dentro da Constituição, não deve significar que ela é intocável, pelo contrário, por estar dentro da Lei Máxima do país, que deve haver uma fiscalização ainda maior, para garantir que as normas continuem atuais, exprimindo o pensamento coletivo da sociedade e seguindo a ideia de sempre alcançar o melhor para o povo brasileiro e para o funcionamento do Estado.

No entanto, um dispositivo que se encontra na Constituição Federal tem uma

proteção muito grande e é bastante difícil de ser alterado. Para mudar um dispositivo constitucional, é necessário um quórum de votação de pelo menos três quintos dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional, sendo o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, em votação dupla de ambas as casas, com intervalo entre as votações. Assim é disciplinado, por completo, no artigo 60 da atual Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta

- I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II - do Presidente da República;
- III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Todavia, mesmo sendo difícil a alteração constitucional, existe uma grande vantagem, o quinto constitucional não se encontra no rol das cláusulas pétreas, ou seja, mesmo com o forte amparo, é possível sua alteração.

1.3 A ABRANGÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal, logicamente, tem validade em todo território nacional, e, sendo assim, em conformidade com o artigo 94 da Carta Magna, o quinto constitucional tem aplicação em todos os Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios do país.

Posto isso, inúmeros são os juristas que já tomaram posse de cargos nos tribunais por meio do quinto e, conseqüentemente, são inúmeras as diferentes

experiências que os tribunais experimentaram com estes juristas.

Um caso emblemático a respeito do quinto constitucional ocorreu no ano de 2012, quando Fábio Camargo, que é filho do ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Clayton Coutinho de Carvalho, almejou uma vaga no respectivo Tribunal através do quinto constitucional, pela vaga destinada à OAB. Acontece que, devido ao fato de não ter conseguido comprovar os 10 anos de efetiva atividade advocatícia, Fábio não conseguiu a vaga no TJ-PR, entretanto, se tivesse conseguido comprovar os 10 anos, dificilmente não teria conseguido a vaga almejada, isto porque, a família Camargo se mostra presente na magistratura paranaense há muito tempo e, conseqüentemente, o fato de a indicação política ser claramente parcial, conseguindo a vaga aqueles que tem melhores relacionamentos públicos. Para comprovar o que foi exposto, basta dizer que Fábio Camargo, posteriormente, conseguiu uma vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (OLIVEIRA, 2015, p. 342-344).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, têm-se também o ocorrido em 25 de junho de 2013, quando o advogado Octávio Campos Fischer, filho de Félix Fischer (Ministro do Superior Tribunal de Justiça), foi empossado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná pela vaga do quinto destinada à OAB. Entre as coisas que foram ditas em seu discurso de posse, Octávio Campos Fischer disse: “Pretendo honrar a toga, com humildade, mas com firmeza. Assim, aprendendo com os mais antigos nesta Corte...” (TJPR, 2013, online).

O então empossado desembargador disse, de fato, com humildade e bom senso que aprenderia bastante com os mais antigos. Esta fala mostra que os desembargadores mais antigos, que são os de carreira, tem conhecimentos a ensinar. Sendo assim, fica demonstrado que existe uma diferença, no nível de conhecimento, decorrente da experiência, para o cargo, entre os desembargadores de carreira e os desembargadores oriundos do quinto constitucional.

Estes casos apresentados demonstram um enorme problema do quinto constitucional que é o nepotismo mascarado.

O nepotismo é uma prática proibida no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na própria Constituição Federal, pois contraria princípios como a impessoalidade, a igualdade e moralidade. A Súmula vinculante de número 13 do

Supremo Tribunal Federal estabelece:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A súmula em questão é clara quanto a proibição ao nepotismo, contudo, foi evidenciado acima, por alguns dos vários exemplos que existem desta mesma natureza, que o quinto constitucional, por ser realizado mediante uma indicação política, leva em consideração os que tem as melhores relações e influências, muitas vezes sendo aqueles que possuem familiares do alto escalão do Judiciário.

2- AS CONTRADIÇÕES E INCOERÊNCIAS EM TORNO DO QUINTO

2.1 DIFERENTES FUNÇÕES DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

Ao analisar as diferentes funções dos profissionais do direito, com foco no trabalho exercido pelo Ministério Público e pela Advocacia, têm-se que ambos estão no rol das “Das Funções Essenciais à Justiça” da Constituição Federal, que determinada, no caput dos artigos 127 e 133:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Ao observar os artigos acima mencionados e, lembrando, que pertencem as funções essenciais à justiça, de acordo com a atual Constituição Federal, é examinado que o Poder Judiciário brasileiro possui diferentes funções que são primordiais para o exercício completo da função jurisdicional.

Posto isto, há a reflexão que, sendo cada função de suma importância para o

exercício da Justiça, devem, os profissionais ao qual realizam cada função específica, dominarem completamente suas respectivas áreas para a garantia do melhor desempenho possível para a solução de conflitos que são pleiteados no Poder Judiciário.

Seguindo por esta ótica, evidenciasse que, com o quinto constitucional, existem os profissionais oriundos do Ministério Público e da Advocacia que são distintos em suas áreas e passam a integrar, repentinamente, um lugar de destaque como desembargadores em um Tribunal.

Estes profissionais dominam a área em que trabalham e, por lógica, não vão dominar a nova função com a mesma excelência, pois é um trabalho completamente diferente, que eles nunca exerceram antes, ao qual somente os juízes de carreira, que exerceram a função de magistrados por muitos anos, terão competência plena para exercer com maestria a função de desembargadores, afinal, é a área de atuação deles.

2.2 INTERFERÊNCIA POLÍTICA NO TEMA

O processo pelo qual o novo desembargador é empossado por meio do quinto constitucional consiste, em sua etapa final, pela indicação definitiva do Poder Executivo.

Nestes termos, tem-se que, além da incoerência de haver desembargadores oriundos de outras áreas que não a magistratura de carreira, a decisão final da escolha não é do Poder Judiciário, que é o responsável pelo limite de atuação dos desembargadores, e sim, pelo Poder Executivo.

Pela ótica da coerência, após a lista sêxtupla ser feita pelo Ministério Público ou pela OAB, os próprios Tribunais, que são os órgãos diretamente interessados, deveriam escolher o mais novo membro de suas composições, sem interferência do Poder Executivo, que não possui interesse direto na organização do Judiciário. Entretanto, a Constituição Federal é muito clara quanto a escolha final ser pelo Poder Executivo.

A maneira com que é finalizada a escolha do candidato à vaga do quinto é uma incoerência constitucional, visto que o artigo 2º da Constituição Federal disciplina que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”(BRASIL, 1988, Art. 2º).

Sendo assim, a escolha final da indicação à vaga do quinto ser por

determinação do Poder Executivo, fere a independência do Poder Judiciário, afinal, as vagas do quinto são destinadas à composição de órgãos do Judiciário.

Isto mostra que, além de existir uma interferência política no processo de escolha do candidato, existe também, inerente à esta interferência, uma inconstitucionalidade no Direito Formal.

Ademais, a escolha acontece através de requisitos formais, não qualitativos. E, embora os desembargadores escolhidos pelo quinto sejam profissionais de excelência, com a carreira consolidada, notório saber jurídico e reputação ilibada, a escolha por meio do Poder Executivo torna política e inconstitucional a indicação para a vaga do novo integrante do Tribunal.

2.3 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os ministros do Supremo Tribunal Federal possuem o posicionamento de respeito ao que é estabelecido na Constituição Federal. Neste sentido, sendo, a Carta Magna, favorável à existência do quinto, os ministros do STF também são, afinal, é dever deles zelar pela garantia da proteção do que é disposto na Constituição.

No entanto, é muito confortável para estes ministros não questionarem a eficácia do quinto constitucional, visto que, para ingressarem no STF, os ministros passaram por um processo de indicação semelhante ao que ocorre no quinto, e, ademais, alguns ministros possuem familiares em Tribunais que alcançaram seus cargos por meio do artigo 94 da Carta Magna.

Ocorre que, Letícia de Santis Mendes de Farias Mello e Marianna Fux, filhas, respectivamente, do aposentado ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello e do atual ministro presidente do STF, Luiz Fux, foram nomeadas desembargadoras por meio do quinto constitucional.

A desembargadora Federal Letícia Mello, que atua no TRF2, tomou posse no dia 04 de abril de 2014, data em que seu pai, à época da posse, ainda era ministro do Supremo, e, sua mãe, Sandra de Santis Mendes de Farias Mello, por sua vez, era desembargadora do TJDFT, cargo este que ainda ocupa. Em relação a desembargadora Marianna Fux, que atua no TJRJ, tomou posse no dia 14 de março de 2016, data em que seu pai já havia sido nomeado ministro do STF.

Posto isto, ocorre que o quinto constitucional se mostra, mais uma vez, como um mecanismo falido, observado que é utilizado, também, como forma de ajudar,

injustamente, àqueles que possuem as melhores relações sociais e familiares com o alto escalão dos três Poderes.

Neste caso apresentado, as que podem ser chamadas de “filhas da corte”, à época das nomeações, não tinham nem quarenta anos de idade, eram advogadas que não atuaram em um número expressivo de causas e, devido a isso, não estavam preparadas para ocupar o cargo de extrema importância e responsabilidade que é o de desembargador.

Não está sendo analisado aqui a competência de ambas como profissionais antes da nomeação pelo quinto. As juristas em questão, com toda a certeza, foram muito boas advogadas no período em que atuaram nesta área; entretanto, já que, infelizmente, o artigo 94 da Carta Magna existe e está em vigor, devem ser privilegiados com a nomeação, aqueles membros oriundos tanto da OAB quanto do Ministério Público que possuem os melhores currículos, a mais vasta experiência possível e, claro, um amplo e verdadeiro notório saber jurídico, que é adquirido com a experiência de anos de atuação no Direito antes de se ocupar a vaga destinada ao quinto.

A dado de informações, tem-se que o ex ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, à época de sua chegada ao STF, foi indicado pelo seu próprio primo ao cargo em questão, o então presidente Fernando Collor de Mello, de acordo com o que é disciplinado como a forma de ascensão ao Supremo pelo artigo 101 da Constituição Federal.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

O processo formal foi respeitado, contudo, o processo moral, não. Entre tantas opções bem preparadas para a vaga na cúpula do Judiciário brasileiro, logo o primo do Presidente da República foi o escolhido. Isto mostra que a ascensão em cargos por meios arbitrários, sem fundamentos lógicos, entre os que possuem as melhores relações, não se restringem somente ao quinto constitucional, mas na estrutura dos Poderes, como um todo.

2.4 OPINIÃO DOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

A opinião dos profissionais do direito, como em qualquer tema que seja polêmico, é divergente. Neste cenário, é importante analisar o posicionamento daqueles que tem interesse direto na existência ou não do quinto constitucional, que são: os membros da OAB, os membros do Ministério Público e os Magistrados.

Posto isto, tem-se que os membros da OAB e do Ministério Público, em sua grande maioria, são favoráveis à existência do quinto constitucional; afinal, mesmo existindo o princípio da imparcialidade, existe a possibilidade que, mesmo inconsciente, o desembargador oriundo do quinto favoreça a Ordem dos Advogados do Brasil ou o Ministério Público, fazendo, assim, o quinto servir de mecanismo influenciador nas decisões tomadas pelos Tribunais.

Em relação aos magistrados, estes são, em sua grande maioria, contra o quinto constitucional. Foi feita uma pesquisa, pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), intitulada “Quem somos: a magistratura que queremos”. Nesta pesquisa, que contou com mais de 4 (quatro) mil respostas, que vão de juízes de primeiro grau a ministros, somente defenderam o quinto constitucional, os ministros. A maioria dos juízes, incluindo os já aposentados, afirmou que a existência do quinto não é necessária. Os juízes de primeiro grau, inclusive, tiveram a porcentagem mais expressiva, que foi de 90%, contra este sistema.

Isto ocorre em decorrência de os magistrados serem mais cientes sobre a responsabilidade do cargo de desembargador, pois vivenciam a magistratura há muito tempo, sendo experientes no assunto. Em virtude disto, entendem que somente juízes de carreira devem ocupar os cargos de desembargadores.

Ademais, os magistrados que são contra o quinto constitucional entendem que os componentes dos Tribunais oriundos do quinto não seguem a mesma linha de raciocínio que os magistrados de carreira. Isto acaba por gerar diferentes jurisprudências dentro de um mesmo Tribunal, ocasionando, conseqüentemente, mais recursos, o que dificulta a celeridade processual.

Os defensores do quinto analisam essa diferença de pensamento entre os desembargadores como uma vantagem. Afirmam que é esta discordância da linha de raciocínio que produz a oxigenação que os Tribunais precisam para aprimorar seus julgados. Todavia, esta oxigenação não existe, tendo em vista que os Tribunais deixam de ser harmônicos, não consolidando, assim, jurisprudências. Ademais, ainda passam

a correr riscos de, por exemplo, ter desembargadores oriundos da OAB que continuam a ver o processo como protetores das partes, ao invés de examinar o processo como magistrados.

2.5 POSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O TEMA

As cláusulas pétreas são os dispositivos constitucionais que são proibidos de serem alterados da Constituição. Desta forma, os dispositivos que não estão elencados como parte integrante das cláusulas pétreas podem ser alterados mediante emenda constitucional. O quinto constitucional não se encontra no rol das cláusulas pétreas e, devido a isto, pode ser alterado mediante emenda constitucional. Contudo, mesmo sendo possível esta alteração constitucional, é difícil que aconteça.

É difícil que aconteça, primeiro, pela falta de interesse do Legislativo em propor debates sobre a falta de necessidade do quinto constitucional, com vista em uma possível proposta de emenda à Constituição. Em segundo lugar, a pressão pela manutenção do quinto é muito forte por parte do Ministério Público, da OAB e de próprios membros do Tribunal, que são, geralmente, os membros oriundos do quinto. Inclusive, a própria corte maior do país, o Supremo Tribunal Federal, não se manifesta contra o artigo 94 da Constituição.

Devido a esses fatores, a alteração do quinto aparenta estar bem distante. Infelizmente, ainda longe de ser extirpado, seguem havendo mudanças para beneficiar ainda mais juristas para que seja mais fácil o acesso ao quinto, como o caso da mudança de regra para indicações ao quinto por parte da OAB.

Com a ideia de garantir indicações para o quinto, o Conselho Federal da OAB estabeleceu um período ininterrupto de atividades advocatícias para os integrantes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Com isso, o período do mandato, nesses dois segmentos do Judiciário, será contabilizado como parte dos efetivos 10 (dez) anos de exercício profissional na advocacia, que é o exigido como mínimo legal pelo artigo 94 da Constituição Federal.

A alteração em questão é absurda, tendo por base que as atividades exercidas no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) não são de cunho advocatício e, devido a isto, não devem ser consideradas como parte da efetiva atividade profissional da advocacia. Esta alteração na regra da indicação por parte da OAB apenas prova que, além da

extirpação do quinto estar longe de acontecer, as incoerências em torno do tema também estão longe acabar, ao contrário, estão aumentando.

3 A POSSÍVEL ABOLIÇÃO DO QUINTO CONSTITUCIONAL

3.1 AS CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO QUINTO

Se o quinto constitucional fosse extinto, conseqüentemente, só haveriam magistrados de carreira integrando os Tribunais. Com isso, o Ministério Público e a OAB teriam as participações normais do curso do processo, não mais interferindo nos limites profissionais da magistratura, no segundo grau da jurisdição.

Em relação aos componentes atuais dos tribunais, que são oriundos do quinto, continuariam a exercer normalmente as suas atividades, afinal, já possuem direitos sobre os cargos ocupados. O que aconteceria seria a interrupção de entrada de novos membros, com a ideia de, gradativamente, não existirem mais profissionais oriundos do quinto constitucional.

De antemão, o artigo 94 da Carta Magna deixaria de existir, juntamente com todo e qualquer dispositivo legal que trate sobre o quinto constitucional. Caso não fosse evidenciado, apenas pela ab-rogação do artigo 94 da Constituição, que a composição seria exclusivamente por carreira, deveria haver uma nova legislação que suprisse esta necessidade de informação.

Outro fator importante a se analisar é a possibilidade de a extinção do quinto constitucional trazer, conseqüentemente, debates sobre a manutenção de cargos por indicação. Analisando este contexto, os cargos por indicação possuem ritos bem parecidos com o quinto constitucional, afinal, não são alcançados mediante concurso, mas mediante o histórico da pessoa indicada e a confiança no desempenho do trabalho do profissional em questão.

A caráter exemplificativo, poderiam haver debates intensos sobre o ingresso no Supremo Tribunal Federal, que é feito mediante indicação. Estes debates poderiam resultar em mudanças, fazendo com que os ministros cheguem aos seus cargos por meio de concurso público; ou, exigir, como requisito, que todos os candidatos a ministros sejam, ou já tenham sido, juízes de carreira. As possibilidades de mudanças em consequência da extinção do quinto são muitas e, no mínimo, interessantes, devendo ser alvo de análise, tendo em vista, sempre, o bem da sociedade.

3.2 A PERSPECTIVA DE MELHORA FRENTE A IDEIA DA NOVA LEGISLAÇÃO

Seguindo a linha de raciocínio da ideia de mudança na Constituição, especificamente, na abolição do artigo 94 da mesma, é presumida uma melhora significativa no âmbito do Poder Judiciário.

Tendo em vista a composição de Tribunais, nos quais o quinto constitucional incide, feitas, exclusivamente, por juízes de carreira, existiriam cortes com o mais alto escalão de experiência, apenas com magistrados aptos a comandar um trabalho tão complexo, afinal, se prepararam por anos, como juízes, para assumir tamanha responsabilidade.

Outros fatores como a consolidação de jurisprudências também teriam significativo avanço, tendo por base a divergência de opiniões dos magistrados oriundos do quinto. Haveria, também, respeito aos limites do exercício profissional, com cada profissional atuando em sua área, sem tentar ocupar encargo de outro.

O resultado da composição dos tribunais, sem o quinto, significaria menor interferência política no Judiciário, reduzindo as interferências de um Poder sobre o outro, gerando maior harmonia entre o Executivo e o Judiciário. Seriam diminuídos, assim, os cargos por “apadrinhamento”, e, finalmente, o Judiciário poderia desfrutar de verdadeira, real e justa oxigenação em seus Tribunais.

CONCLUSÃO

É impactante o efeito que o quinto constitucional possui no Poder Judiciário. Faz parte da composição de vários Tribunais, da análise de inúmeros processos e da decisão sobre incontáveis vidas.

O quinto, ao que foi analisado, não traz contribuições positivas, nem melhorias às cortes de instância superior, como sempre foi a sua proposta. Não traz a clareza de novas ideias ou pontos de vista, que sejam, de fato, interessantes para a condução dos processos. Não traz a harmonia que um Tribunal precisa ter para decidir sobre a vida das pessoas. Porque é disto que se trata o Judiciário, a solução de problemas da vida das pessoas. E, quando o assunto são vidas, o Estado não pode falhar.

A União, como um todo, deve sempre trabalhar em prol do bem da sociedade, tomando as medidas necessárias para que este bem seja alcançado. E, quando existem empecilhos, estes, devem ser sanados. O quinto, em questão, é um empecilho que deve ser sanado.

Além de não cumprir com suas propostas, ainda ajuda a perpetuar um sistema injusto, que beneficia os que estão no poder, bem como os mais bem relacionados da sociedade. É um mecanismo que pouco valoriza o mérito dos que realmente se esforçam e se preparam para ocupar cargos de importância na sociedade.

A partir do momento que existe um artigo constitucional que regulamenta um mecanismo que vai contra os interesses da Justiça e da maioria de seus intérpretes, este mecanismo deve ser extirpado. Importante lembrar, que o direito é a ciência que estabelece o ideal de justiça, e, sendo assim, deve haver uma reanálise interna do Judiciário sobre o ideal de justiça.

Neste contexto, o quinto, de fato, tem que ser abolido. Afinal, os impactos que o mecanismo, regulado pelo artigo 94 da Constituição, concebe ao Judiciário, são negativos ao interesse da administração pública, pois é gerada muita divergência, e, principalmente, são impactos negativos ao interesse da sociedade, que é o alvo do ordenamento jurídico. Nas palavras, do grande jurista, Pontes de Miranda: “O Direito serve à vida: é regramento da vida. É criado por ela e, de certo modo, a cria.”.

THE INCOHERENCE AROUND THE FIFTH CONSTITUTIONAL

This scientific article aims to make an approach around the so-called constitutional fifth, provided for in the Brazilian Federal Constitution, in its article 94, which disciplines that, among the places composed by members of the Federal Regional Courts, State Courts, and of the Federal District and Territories, the one referring to one-fifth, that is, 20% of the members, must be composed of members of the Public Ministry, with more than ten years of career, and, of lawyers, with more than ten years of career, unblemished reputation and notorious legal knowledge. These members are chosen by the Public Ministry and the Brazilian Bar Association through a sextuple list, sent to the respective court which will occupy the vacancy, which must form, from this sextuple list, a triple list, which is sent to the Executive Branch, given that, over the next twenty days, it decides which of the three listed should compose the seat reserved for the fifth constitutional. Many are the jurists who disagree with the validity of the fifth constitutional and this is precisely the question that will be discussed.

Keywords: Correction. Incoherence. Necessity. Validity.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. A despedida de Marco Aurélio Mello, o “ministro do voto vencido” e da coerência que despertou polêmica. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-12/a-despedida-de-marco-aurelio-mello-o-ministro-do-voto-vencido-e-da-coerencia-que-despertou-polemica.html>. Acesso em: 10 de out. 2021.

ALMEIDA, Davi Everton Vieira de. Quinto Constitucional: uma análise dos critérios de seleção à luz do perfil dos desembargadores da justiça estadual

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

BRASIL. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

BRASIL. Constituição Federal (1967)

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: senado, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MENDES, G.; BRANCO, P. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 43. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Desembargadora Marianna Fux toma posse no TJRJ. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5183428>. Acesso em: 12 out. 2021.

REVISTA NEP (Núcleo de Estudos Paranaenses), Curitiba, v.3, n.1, 2017

TADEU, Rover. Maioria dos juízes é a favor de acabar com o quinto constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/maioria-juizes-favor-acabar-quinto-constitucional>. Acesso em: 10 de out. 2021.

TRF2. Plenário do TRF2 dá posse, em sessão solene, à desembargadora federal Letícia Mello. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/25anos/plenario-do-trf2-da-posse-em-sessao-solene-a-desembargadora-federal-leticia-mello/>. Acesso em: 12 out. 2021.

https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/presidente-clayton-camargo-empossa-tres-novos-desembargadores-no-tjpr/18319/pop_up?inheritRedirect=false.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P.29

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante Heitor Ayres Tolentino Cintra
do Curso de Direito, matrícula 20192000103320,
telefone: (62) 98208-2542 e-mail hatcintra@hotmail.com, na
qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei nº 9.610/98 (Lei dos Direitos
do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
A incoerência em torno do quinto constitucional

gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões
do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado
(Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG,
MNV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a
título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 03 de Dezembro de 2021.

Assinatura do(s) autor(es): Heitor Ayres

Nome completo do autor: Heitor Ayres Tolentino Cintra

Assinatura do professor-orientador: José Antônio Tietzmann e Silva

Nome completo do professor-orientador: José Antônio Tietzmann e Silva