

## NOTA TÉCNICA Nº 07 /2011

### **Proposta de Emenda à Constituição nº 488/2010 – Câmara dos Deputados.**

*Ementa:* Altera o art. 94 da Constituição Federal, incluindo a Carreira dos Defensores Públicos no Quinto Constitucional

*Referência:* Altera o artigo 94 da Constituição Federal de 1988.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com o objetivo de colaborar para o bom evoluir do processo legislativo, vem externar o seu posicionamento a respeito da grave incoerência sistêmica que será ocasionada pela aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 488/2010, subscrita, dentre outros, pelo eminente Deputado Federal Sérgio Barradas.

A PEC busca alterar o art. 94 da Constituição da República para dispor que o denominado "*quinto constitucional*", outrora restrito aos advogados e aos membros do Ministério Público, também contará, doravante, com os Defensores Públicos. Com isso, um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto por essas três classes.

A figura do quinto constitucional é inovação da terceira década do século XX. A Carta Imperial não a previu, o mesmo ocorrendo com a nossa primeira Constituição Republicana (Cf. Emerson Garcia. Ministério Público..., 2008, p. 217 e ss.). Somente com a Constituição de 1934 estatuiu-se que um quinto do número total de lugares dos tribunais superiores seria reservado a advogados *ou* membros do Ministério Público, escolhidos dentre os integrantes de lista tríplice (art. 104, § 6º). A disjuntiva *ou* não tornava cogente que a composição fosse paritária, pouco importando que houvesse mais advogados que membros

do Ministério Público. Essa sistemática, que foi mantida pela Constituição de 1937 (art. 105), logo fez aflorar um relevante questionamento: qual é a *ratio essendi* do quinto constitucional? A primeira resposta, quase intuitiva, era a de que ele propiciaria a renovação e o fluxo de novas ideias no Poder Judiciário. A sua incompletude, no entanto, era mais que evidente. Afinal, seria admissível que as “novas ideias” fossem colhidas, exclusivamente, entre advogados, profissionais diuturnamente imbuídos da representação de terceiros junto aos tribunais, não raro defendendo, com afincamento e dedicação, o que é simplesmente indefensável? Ou poderiam ser colhidas exclusivamente junto aos membros do Ministério Público, profissionais que, na defesa da sociedade, costumam se opor aos interesses individuais daqueles que praticaram um ato ilícito? Uma ou outra opção certamente pecaria pelo excesso, já que, em seu extremismo, eliminaria o aflorar do embate entre teses e antíteses que formam o raciocínio dialético, tão ao gosto da filosofia hegeliana (Cf. Friedrich Bülow. G.W. FR. Hegel: *Recht. Staat. Geschichte*, 1955, p. 25 e 97).

Logo se percebeu que o aflorar de novas idéias deveria permitir que identidades institucionais e experiências de vida aparentemente incompatíveis entre si, mas indispensáveis ao delineamento de qualquer referencial de justiça, fossem devidamente consideradas na formação dos tribunais de segunda instância. Forte nessa premissa, a Constituição de 1946 passou a exigir, na formação do quinto constitucional, igual número de lugares para advogados e membros do Ministério Público, com alternância das nomeações (art. 124, V). Se a proposta de estabelecer uma representação equitativa e equilibrada entre os três segmentos profissionais que formam e dão vida ao processo, o *actum trium personarum* (“ato de três personagens”) a que se referiu Búlgaro, não chegou a prosperar, prevalecendo o entendimento de que os juízes de carreira deveriam preponderar, ninguém se atreveu a dizer que, dentre a classe dos advogados e a dos membros do Ministério Público, uma deveria subjugar a outra (Cf. Themístocles Brandão Cavalcanti. *A Constituição Federal Comentada*, vol. II, 1948, p. 410-411). E isso por uma razão muito simples: o quinto constitucional não é mero mecanismo de acesso a cargo público, mas

verdadeira projeção funcional da dialética processual, que não pode ser bamba e cambaleante.

A Constituição de 1967 (art. 136, IV) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 144) suprimiram a referência à alternância das nomeações, o que fez que alguns sustentassem não mais haver a necessidade de as classes serem representadas paritariamente. A opinião prevalecente, no entanto, refletida na autoridade insuspeita de Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, tomo IV, 1967, p. 310), inclinou-se pela preservação da *ratio essendi* do quinto constitucional. O art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979) terminou por dispor, de forma expressa, que "*nos Tribunais em que for ímpar o número de vagas destinadas ao quinto constitucional, uma delas será, alternada e sucessivamente, preenchida por advogado e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma das classes superem os da outra em uma unidade*". Esse preceito sempre foi interpretado de modo a preservar a sua teleologia, que é a de garantir a representação paritária.

A Constituição de 1988, em seu art. 94, terminou por referendar a história constitucional brasileira, devidamente sedimentada ao longo das últimas seis décadas. E o que pretende a PEC nº 488/2010? A resposta, de modo simples e objetivo, é a seguinte: estabelecer uma ruptura sistêmica. Essa conclusão será alcançada, inevitavelmente, sempre que se pretender idealizar um *tertium genus*, ontologicamente distinto do advogado e do membro do Ministério Público, que possa influir no delineamento do raciocínio dialético submetido à apreciação de um órgão jurisdicional. Advogados da União, Procuradores do Estado, Procuradores Municipais, Procuradores Autárquicos, Advogados de Sociedades de Economia Mista - federal, estadual ou municipal – e Defensores Públicos, todos, indistintamente, são, em última *ratio*, advogados. Todos esses profissionais defenderão, sempre e sempre, com afinco e dedicação, os interesses de seus constituintes, por mais insensatos e absurdos que possam parecer aos olhos do *homo medius*. Fosse suprimido esse contraponto processual, que digladiava dialeticamente com o Ministério Público, órgão que

somente rende obediência à consciência de seus membros e à ordem jurídica, estando legitimado a pedir tanto a condenação, como a absolvição, o referencial de justiça não passaria de um simulacro.

A própria topologia constitucional não deixa margem a dúvidas quanto ao que vem de ser dito. Tratou, separadamente, do Ministério Público (Seção I do Capítulo IV do Título IV) e dos advogados, sendo estes últimos subdivididos em (1) "*Advocacia Pública*", que defende os interesses do Poder Público (Seção II do Capítulo IV do Título IV) e em (2) "*Advocacia e Defensoria Pública*", que ordinariamente defendem os interesses das pessoas privadas (Seção III do Capítulo IV do Título IV). Em sendo aprovada a PEC nº 488/2010, passaremos a ter, na formação do quinto constitucional, dois advogados para cada membro do Ministério Público.

Os Defensores Públicos, como advogados que são, devem estar inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Observa-se, nesse particular, que a tentativa de eximir esses profissionais de tal obrigação foi obstada pelo Chefe do Poder Executivo ao vetar o art. 26 da Lei Complementar nº 132/2009. Ainda se deve lembrar que os Defensores Públicos, como advogados que são, repita-se, já concorrem e têm acesso aos tribunais por meio do quinto constitucional. Para citar apenas um exemplo, basta lembrar o notável Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Marco Aurélio Bezerra de Melo, autor de farta e reluzente bibliografia, que, egresso da Defensoria Pública, tomou posse na nova função, aos trinta e nove anos, em 23 de junho de 2008.

Em conclusão dessas breves considerações, que expõem os vícios que atingem a PEC nº 488/2010, espera a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) seja ela rejeitada e, ao final, arquivada.



**César Bechara Nader Mattar Jr.**  
Presidente