

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 31.448 - RJ (2010/0019703-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto com fundamento no artigo 105, II, "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ementado nos seguintes termos:

"MANDADO DE SEGURANÇA. QUINTO CONSTITUCIONAL. VAGA DE DESEMBARGADOR. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL CUJO NÚMERO DE MEMBROS NÃO É DIVISÍVEL POR CINCO.

Hipótese de mandado de segurança contra ato desta Corte Regional, que deliberou arredondar para baixo as vagas destinadas ao chamado quinto de advogados e membros do Ministério Público, tendo em conta que a composição plena do Tribunal não é múltipla de cinco, e que a fração não inteira é inferior a 0,5. Decisão do Plenário com respaldo em julgado histórico do Supremo Tribunal Federal, e que norteou todos os Tribunais pátrios por décadas. Análise da visão de baluartes do Supremo, com a autoridade maior que lhes conferiu o juízo do tempo, como o Ministro Nelson Hungria. A mudança de orientação do Supremo, no curso da década de 1990, pode ser revista pela Egrégia Corte – agora com nova composição –, como pedem as várias associações da magistratura.

De outro lado, a análise histórica dos textos constitucionais, desde a criação do quinto, dá razão aos juízes de carreira. A regra é a ascensão na carreira, e a exceção é o ingresso pelo quinto. A prevalecer a tese de arredondamento sempre para cima o ingresso na magistratura pela base sofre desestímulo, que repercute negativamente no recrutamento de juízes e na tarefa judicante, como o prova a experiência prática. Denegação da ordem, e manutenção da deliberação do Plenário." (fl. 303)

Alega o recorrente, em resumo, o que se segue:

"Faleceu recentemente o Desembargador Federal Francisco José Pires e Albuquerque Pizzolante, em janeiro de 2009. Com isso, ficou aberta sua vaga no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O Desembargador Pizzolante era oriundo do quinto constitucional,

Superior Tribunal de Justiça

numa vaga preenchida pela advocacia. Originalmente, a parcela do quinto constitucional no TRF-2 contava com 6 membros, considerando a composição do Tribunal, com 27 Desembargadores. Assim, após a morte do Desembargador, o quinto ficou defasado, passando a contar com apenas 5 membros, na seguinte configuração:

- a) 3 membros oriundos do Ministério Público: Desembargadores Paulo Espírito Santo, André Ricardo Cruz Fontes e Vera Lúcia Lima;
- b) 2 Membros oriundos da advocacia: Desembargadores Frederico José Leite Gueiros e Messod Azulay Neto.

Diante da necessidade de preencher a vaga do quinto constitucional oriunda da advocacia privada, a recorrente oficiou à Presidência do TRF-2 requerendo fosse destinada a vaga a um membro da advocacia, em observância ao art. 94 da Constituição Federal e ao equilíbrio com os membros do Ministério Público.

(...)

A maior parte dos desembargadores presentes àquela sessão defendeu que deveria ocorrer o arredondamento para baixo, no que seria uma 'luta antiga' dos magistrados de primeiro grau. A sessão contou com 16 presentes e teve resultado apertado, sendo que 9 votaram pela destinação da vaga à magistratura de carreira e 7, pela destinação ao quinto." (fls. 396/397)

Sustenta que a composição dos Tribunais deve respeitar o disposto nos artigos 94 e 107, incisos I e II, da Constituição Federal, notadamente a previsão de que um quinto dos membros dos Tribunais Federais deverá ser de membros do Ministério Público e da advocacia, de tal sorte que, na hipótese do quinto representar um número fracionado, quando a composição não for múltiplo de cinco, deverá haver o arredondamento para o número inteiro seguinte.

O Ministério Público Federal opinou no sentido do provimento do recurso ordinário, em parecer resumido nos seguintes termos:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. FALECIMENTO DE DESEMBARGADOR. VAGA DESTINADA AO QUINTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. RECURSO PROVIDO.

I - Os arts. 94, caput, e 107, I e II, da Constituição Federal devem ser interpretados no sentido de que, pelo menos, um quinto das vagas dos tribunais de segunda instância devem ser preenchidas por advogados e membros do Ministério Público.

II - Se o órgão jurisdicional tiver composição que não seja múltiplo

Superior Tribunal de Justiça

de cinco, o arredondamento deve ser feito sempre para cima, não importando se a fração é superior ou inferior a meio, sob pena de acarretar composição inferior ao comando constitucional. Precedentes do STF e STJ.

III - No caso, como o Tribunal Regional Federal da 2ª Região é composto por 27 desembargadores, o quinto constitucional (20%), correspondente a 5,4 (cinco inteiros e quatro décimos), somente é obedecido se 6 cargos forem ocupados por advogados e membros do Parquet, e não 5, que equivaleriam a apenas 18,5% do total.

IV - Parecer pelo provimento do recurso ordinário em mandado de segurança." (fl. 563).

É o relatório.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 31.448 - RJ (2010/0019703-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) (RELATOR): Cinge-se a controvérsia sobre a forma de cálculo do quinto constitucional destinada à advocacia e ao Ministério Público, quando a composição do Tribunal não for múltiplo de cinco.

O Tribunal Federal da 2ª Região é composto por 27 membros, dos quais um quinto deve ser de advogados e membros do **parquet**, ficando as demais vagas destinadas aos magistrados de carreira. Dessa forma, tem-se que um quinto de 27 resulta em número fracionado, qual seja 5,4.

Nesse ponto acontece a controvérsia jurídica no presente caso, onde a referida Corte entende que se deve arredondar a fração para o número inteiro anterior, enquanto a impetrante alega que o mandamento constitucional somente será respeitado se o resultado for elastecido ao número inteiro seguinte.

A composição dos Tribunais está prevista na Constituição Federal nos seguintes dispositivos:

"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.

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

Superior Tribunal de Justiça

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Sobre o tema, trago à espécie a lição doutrinária de Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Editora Atlas S.A, São Paulo, 2006, pg. 1385:

"Importante salientar que a regra constitucional prevê expressamente a obrigatoriedade de que 1/5 dos assentos nos Tribunais estaduais, distritais e TRF, independentemente da composição do respectivo tribunal ser ou não múltiplos de cinco, seja composto por advogados e membros do Ministério Público. Assim, se a divisão dos membros de determinado tribunal estadual, distrital ou regional federal por cinco não resultar em um número inteiro, o arredondamento sempre deverá ser para cima, sob pena de consagrar-se uma sub-representação dos membros do Ministério Público e dos advogados, em flagrante inconstitucionalidade."

A compreensão deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que no Tribunal com número de membros não divisível por cinco, o resultado fracionado deve ser arredondado para o número inteiro seguinte, independentemente da fração ser inferior ou superior à metade.

Anotem-se:

A-"CONSTITUCIONAL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPOSIÇÃO – QUINTO CONSTITUCIONAL – VAGAS – NÚMERO NÃO DIVISÍVEL POR CINCO – ARREDONDAMENTO – CF ART. 94.

- Se o número de desembargadores integrantes do tribunal não for divisível por cinco, arredonda-se o saldo restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de que o número de vagas destinadas ao provimento por advogados e membros do Ministério Público, não seja inferior a um quinto do colegiado."

(RMS n.º 15.583/PR, Relator o Ministro **HUMBERTO GOMES DE BARROS**, DJU de 30/6/2003)

B-"CONSTITUCIONAL. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL. QUINTO CONSTITUCIONAL. NÚMERO DE VAGAS NÃO

DIVISÍVEL POR CINCO. ARREDONDAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO.

1 . Por expressa disposição constitucional, um quinto da composição dos Tribunais há que ser destinado aos membros do Ministério Público e advogados, garantidos assim quatro quintos dos lugares aos magistrados de carreira.

2 . Havendo onze lugares na Corte Estadual, o quinto constitucional respectivo tem sua fração arredondada para o número inteiro subsequente, totalizando, assim, 3 (três) vagas.

3 . Recurso em Mandado de Segurança conhecido e provido."
(RMS n.º 12.602/AL, Relator o Ministro **EDSON VIDIGAL**, DJU de 19/11/2001)

C"CONSTITUCIONAL. COMPOSIÇÃO DE TRIBUNAL. VAGA A SER PREENCHIDA PELO QUINTO CONSTITUCIONAL. ARREDONDAMENTO.

1. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS n.º 22.323-5-SP, definiu que:

'II - Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério, Público Federal, quatro quintos serão de juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica - a norma expressa prevalece sobre a norma implícita - força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração - superior ou inferior a meio - para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. E que, se assim não foi feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal com descumprimento da norma constitucional (C.P., art. 94 e art. 107, I).'

2. Essa interpretação homenageia a mensagem constitucional que é voltada para garantia do quinto constitucional, em sua expressão numérica maior, e não a composição representada pela magistratura.

3. No caso, sendo o Tribunal composto por nove Desembargadores, o quinto constitucional deve ser de dois representantes, haja vista que deve ser arredondado para dois o resultado encontrado da operação para apurar-se o "quinto" dessa titularidade ($9 : 1/5 = 1,8$).

4. Recurso provido."

(RMS n.º 10.594/AC, Relator o Ministro **JOSÉ DELGADO**, DJU de 2/5/2000)

Registre-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal também já decidiu a

Superior Tribunal de Justiça

respeito da **quaestio iuris** no mesmo sentido, como se pode observar da seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARÁGRAFO ÚNICO. LEI 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NÚMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO É MÚLTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I.

I- Decadência do direito à impetração: inoccorrência, tendo em vista que o ato de nomeação de Juiz do TRF é ato complexo, que somente se completa com o decreto do Presidente da República que, acolhendo a lista tríplice, nomeia o magistrado. A partir daí é que começa a correr o prazo do art. 18 da Lei 1.533/1951.

II - Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita que decorre da norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quintos serão dos juízes de carreira. Observa a regra implícita - força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração - superior ou inferior a meio - para cima, obtendo-se, então, o número inteiro seguinte. É que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal, com descumprimento da norma constitucional (C.F, art. 94 e art. 107, I).

III - Preliminares rejeitadas. Mandado de Segurança indeferido." (MS n.º 22.323/SP, Relator o Ministro **CARLOS VELLOSO**, DJU de 19/4/1996)

Dessarte, para atender ao disposto na Carta Magna, nos Tribunais cuja composição não seja múltiplo de cinco, a fração resultante do quinto constitucional deve ser arredondada para o número inteiro seguinte, motivo pelo qual o acórdão recorrido deve ser reformado.

Por outro lado, tendo em conta o resultado do quinto constitucional, a vaga aberta com o falecimento do Desembargador Federal Francisco José Pires e Albuquerque Pizzolante deverá ser preenchida por um membro oriundo da advocacia, porquanto na atual composição já existem três integrantes da carreira do Ministério

Superior Tribunal de Justiça

Público, motivo pelo qual, em respeito ao princípio da paridade entre as carreiras, e o total das vagas ser um número par, o próximo membro deve vir da carreira dos advogados, permitindo igualar a composição do Tribunal Federal da 2ª Região quanto às referida classes.

Nesse sentido, veja-se:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPOSIÇÃO. QUINTO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA ALTERNÂNCIA E DA SUCESSIVIDADE. VAGA ÍMPAR. DESTINAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Com a edição da Lei Estadual n. 13.644/2000, a composição do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que contava 22 (vinte e dois) desembargadores, passou a totalizar 32 (trinta e dois). Por conseguinte, o quinto constitucional, que apresentava 4 (quatro) cadeiras, foi contemplado com mais 3 (três) novas vagas.

2. Em princípio, foram providas duas delas, a 5ª pelo Ministério Público, a 6ª pela Advocacia, de modo que o provimento conjunto dessas vagas manteve a paridade de representação classista perante o Tribunal de Justiça Goiano: três cadeiras para cada instituição.

3. Nesse contexto, a 7ª vaga, de natureza ímpar, por ser a vaga de rodízio, isto é, aquela que vem quebrar a paridade existente entre as classes representantes do quinto constitucional, deve ser destinada à classe que se manteve em inferioridade numérica no histórico da composição do Tribunal de Justiça. Precedentes do STF.

4. Na hipótese, a representação em maior número pela classe dos advogados perdurou de 18/4/1969 até 15/5/1979, com a criação da 4ª vaga destinada ao quinto constitucional pela edição da Lei Estadual n. 8.614/79, quando então tornou-se a equilibrar a representatividade perante o Tribunal de Justiça de Goiás: dois assentos para cada entidade.

5. Dessa forma, em homenagem ao princípio da alternância, a prevalência da representação 'quintista' agora deve caber ao Ministério Público do Estado de Goiás.

6. Por fim, ressalta-se que mesmo se levado em conta o princípio da sucessividade, ainda assim a destinação da vaga caberia ao Ministério Público, porquanto se a 3ª e a 5ª cadeiras foram ocupadas por membros daquela instituição, a 7ª também o deveria ser.

7. Recurso ordinário provido."

(RMS n.º 24.992/GO, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe de 17/3/2008)

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para determinar ao Tribunal Federal da 2ª Região que preencha a vaga destinada ao quinto constitucional com um membro oriundo da carreira da advocacia.

É como voto.

