

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

VOTO-VOGAL

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO RIO DE JANEIRO, contra acórdão proferido pelo Plenário do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região que denegou a segurança impetrada em face de decisão administrativa do referido colegiado, a qual determinou que a vaga resultante do falecimento do Desembargador Federal Francisco Pizzolante deveria ser provida por magistrado de carreira e não por advogado ou membro do Ministério Público Federal.

Consoante relatado pelo ilustre Relator, a controvérsia cinge-se à interpretação do artigo 94 da Constituição Federal e, via de consequência, à composição do quinto constitucional no colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

O referido Tribunal é composto por 27 (vinte e sete) membros e, por esse quantitativo não ser múltiplo de cinco, o cálculo aritmético utilizado para extrair o número de membros oriundos do quinto constitucional não resulta em um número inteiro (5,4). Por essa razão, se instaurou perante o Tribunal de origem a dúvida acerca da correta representatividade do quinto constitucional: 5 (cinco) ou 6 (seis) membros oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal?

Com a devida vênia, entendo que assiste razão à Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro, ora recorrente.

Ao meu sentir, o debate gira em torno da interpretação de duas normas constitucionais, uma explícita e outra implícita. A explícita decorre do disposto no artigo 94 da Constituição Federal, que determina que 1/5 (um quinto) dos membros dos Tribunais Regionais Federais sejam oriundos do Ministério Público e da advocacia. Da interpretação dessa regra decorre, a contrário senso, outra norma constitucional implícita no sentido de que, em consequência, 4/5 (quatro quintos) dos membros dos Tribunais Regionais serão de magistrados de carreira.

Colocada a questão nesses termos, não vejo como prevalecer a tese adotada pelo Tribunal *a quo*, pois resta evidente que a norma explícita na Constituição Federal deve prevalecer sobre a implícita.

Ora, o que o legislador constituinte originário quis fazer prevalecer no texto constitucional é a regra do quinto constitucional, dispondo expressamente nesse sentido (art. 94). Sendo assim, resta claro que se não adotarmos o entendimento defendido pela recorrente, não teríamos, no caso em questão, uma representatividade mínima de 1/5 (um quinto) de

Superior Tribunal de Justiça

membros oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pois 5 (cinco), por óbvio, é um número inferior à fração de 5,4.

Nessa hipótese, em que o número da composição do Tribunal não é múltiplo de 5 (cinco), o correto é arredondar a fração - superior ou inferior a meio - para cima, de forma a obter o número inteiro seguinte (6 no caso em tela) e garantir a efetividade do quinto constitucional.

O próprio Supremo Tribunal Federal, analisando casos idênticos ao presente, de Tribunais com 27 (vinte e sete) membros, concluiu pela pertinência da tese deduzida pela ora recorrente. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados, *verbis*:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ATO COMPLEXO. C.F., ART. 94, PARAGRAFO ÚNICO. LEI 1.533/51, ART. 18. CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL: COMPOSIÇÃO: QUINTO CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL: SOBRA. NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO QUE NÃO É MÚLTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I. I. - DECADÊNCIA DO DIREITO A IMPETRAÇÃO: INOCORRÊNCIA, 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 REPUBLICA QUE, ACOLHENDO A LISTA TRÍPLICE, NOMEIA O MAGISTRADO. A PARTIR DAI E QUE COMEÇA A CORRER O PRAZO DO ART. 18 DA LEI 1.533/51. 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 E DOS ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, QUATRO QUINTOS SERÃO DOS JUÍZES DE CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENÊUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLÍCITA - FORÇA E CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO FOR MÚLTIPLO DE CINCO, ARREDONDA-SE A FRAÇÃO - SUPERIOR OU INFERIOR A MEIO - PARA CIMA, OBTENDO-SE, ENTÃO, O NUMERO INTEIRO SEGUINTE. E QUE, SE ASSIM NÃO FOR FEITO, O TRIBUNAL NÃO TERÁ NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS 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 DEFERIDO." (MS 22.323/SP, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 28/5/1995, DJ 19/4/1996)

"Tribunal de Justiça.

Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o

Superior Tribunal de Justiça

número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público." (Ação Originária 493-7/PA, Rel. Ministro OCTAVIO GALOTTI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 6/6/2000, DJ 10/11/2000)

Este Superior Tribunal de Justiça também corrobora o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

"RECURSOS ORDINÁRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO DE VAGA DE DESEMBARGADOR. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ. QUINTO CONSTITUCIONAL. DISPUTA ENTRE A OAB/PI E MPE/PI.

1. Direito líquido e certo demonstrado pela OAB/PI, mediante a invocação de dispositivos constitucional e legal de notoriedade inconcussa (CF, art. 94, e LOMAN, art. 100 e § 2º).

2. O aumento do número de Desembargadores do TJPI, de 13 para 14, resultou na transformação do "quinto constitucional" a ser preenchido por membros da OAB ou do MPE em número ímpar, três (3), devido ao arredondamento para maior da divisão de $14/5=2,8$.

3. Consoante entendimento consagrado pelo Excelso Pretório, intérprete máximo da Constituição Federal, secundado por este Superior Tribunal de Justiça, a norma expressa sobre o "quinto constitucional" prevalece sobre a norma implícita dos "quatro quintos" destinados aos magistrados de carreira.

4. A última vaga do mencionado Tribunal, quando composto de 13 Desembargadores, foi preenchida por membro do MPE. Desse modo, criado mais um cargo de Desembargador este deve ser provido por membro da OAB, devido ao princípio da alternância previsto em lei.

5. Recurso da OAB conhecido e provido, prejudicado o do MPE." (RMS 15.236/PI, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 226)

"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 15.583/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 30/06/2003, p. 133)

"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 12.602/AL, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 19/11/2001, p. 292)

"ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA – QUINTO CONSTITUCIONAL NOS TRIBUNAIS.

1. O prazo decadencial pelo descumprimento do mandamento constitucional (art. 94 da CF/88), renova-se a cada dia, pela ilegalidade que se protraí no tempo, de forma a não se considerar como termo a quo o início da ilegalidade.

2. O STF, mudando de entendimento, interpretando o caput do art. 94 da Constituição Federal, entende que, no cômputo do quinto constitucional, a fração, seja de que valor for, reverte-se em favor do quinto.

3. O aumento do Tribunal para 21 (vinte e um) membros enseja um quinto de 4,2 (quatro vírgula dois), sendo de cinco os membros da OAB e do MPF.

4. Recurso provido." (RMS 11.062/MS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2001, DJ 04/06/2001, p. 83, REPDJ 25/06/2001, p. 149)

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

1. O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS nº 22.323-5-SP, definiu que: "II - Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de juizes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal.

2. 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 juizes 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 juizes 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 10594/AC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJ 02/05/2000, p. 101)

Superior Tribunal de Justiça

Registre-se, outrossim, que a vaga a ser preenchida no Tribunal Regional Federal da 2ª Região é decorrente do falecimento do Desembargador Federal Francisco Pizzolante que, por sua vez, fora nomeado em vaga destinada ao quinto constitucional.

Nesse contexto, não me parece razoável, após tantos anos, concluir que a vaga preenchida anteriormente por Desembargador oriundo do quinto constitucional seja destinada, agora, aos magistrados de carreira, sem que qualquer fato relevante pudesse justificar a modificação de entendimento do Tribunal de origem.

Como mencionado, desde que a composição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi alterada para 27 (vinte e sete) membros, salvo engano em 2001, que a vaga ora em questão foi ocupada por membro do quinto constitucional, o Desembargador Federal Francisco Pizzolante.

Não se afigura razoável, assim, a mudança de entendimento do Tribunal *a quo* que, como explicitado nas razões do presente voto, se dissocia da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para determinar que a vaga decorrente do falecimento do Desembargador Federal Francisco Pizzolante seja destinada ao quinto constitucional.

É como voto.