



MINISTÉRIO PÚBLICO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO DE PROTOCOLO DE PETIÇÕES
05 ABR 2010 15:38
00078740

Parecer n.º 4609/2010/AR/SPGR
RMS 31448/RJ (2010/0019703-0)

Recorrente: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro

Advogados: Wadih Nemer Damous Filho e outros

Recorrida: União

Recorrida: Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE

Advogados: Gustavo Binenbojm e outros

Recorrida: Associação dos Juizes Federais do Rio de Janeiro e Espírito Santo – AJUFERJES

Advogado: Gustavo Rocha Schimdt

Relator: Ministro Haroldo Rodrigues – Sexta Turma

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 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 do 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.

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na alínea b do inciso II do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Plenário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que denegou a ordem pleiteada pela ora recorrente, no sentido de não reconhecer

direito líquido e certo à classe dos advogados em preencher vaga aberta naquele tribunal com o falecimento do eminente Desembargador Federal Francisco Pizzolante. Eis a ementa do acórdão recorrido (fl. 315):

“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.”

2. A recorrente alega que o Tribunal *a quo*, ao destinar a vaga em vacância à promoção de juiz federal, acabou por violar o art. 94 da Constituição da República. Sustenta que, caso a divisão do número de membros de determinado tribunal pelo numeral 5 não dê número exato, deve prevalecer a regra explícita no sentido de que um quinto dos tribunais será composto por membros do Ministério Público e da advocacia, e não a regra implícita de que quatro quintos das vagas serão preenchidas por egressos da magistratura de carreira. Defende o arredondamento da fração restante (inferior ou superior à metade) para o número inteiro seguinte, conforme atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (fls. 389-424).

3. Foram apresentadas contrarrazões às fls. 519-535, 537-546 e 552-556.

4. Recebidos no Superior Tribunal de Justiça, vieram os autos ao Ministério Público Federal para manifestação como *custos legis*.



II

5. Assiste razão à recorrente.

6. Os arts. 94, *caput*, e 107, I e II, da Constituição Federal estabelecem o seguinte:

“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.

[...]

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:

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.” (**grifos nossos**).

7. Ao contrário do estabelecido no acórdão recorrido, a melhor interpretação a ser dada a tais dispositivos constitucionais é a de que, pelo menos, um quinto das vagas dos tribunais de segunda instância devem ser preenchidas por advogados e membros do Ministério Público. Tanto é assim que o inciso II do art. 107 é claro ao determinar que “os *demais*” cargos restantes são destinados aos juízes federais de carreira.

8. Em outras palavras, um quinto dos Tribunais Regionais Federais deve ser, necessariamente, integrado por membros oriundos do Ministério Público Federal e da advocacia. Se assim não for, haverá hipóteses em que o tribunal não terá na sua composição um quinto de desembargadores provenientes da advocacia e do *Parquet*.

9. Se o órgão jurisdicional tiver composição que não seja múltiplo 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.

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

11. Sobre o assunto, há julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“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 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.” (STF, AO 493/PA, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, PRIMEIRA TURMA, DJ 10.11.2000).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADENCIA. 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 MULTIPLO DE CINCO. ARREDONDAMENTO. C.F., ART. 94, ART. 107, I.

[...]

II. - UM QUINTO DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SERÁ DE JUIZES ORIUNDOS DA ADVOCACIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ESTA É UMA NORMA CONSTITUCIONAL EXPRESSA, QUE HÁ DE PREVALECER SOBRE A NORMA IMPLICITA, 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 JUIZES DE CARREIRA. OBSERVADA A REGRA DE HERMENEUTICA - A NORMA EXPRESSA PREVALECE SOBRE A NORMA IMPLICITA - FORÇA E CONVIR QUE, SE O NUMERO TOTAL DA COMPOSIÇÃO FOR MULTIPLO 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 TERA NA SUA COMPOSIÇÃO, UM QUINTO DOS JUIZES 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.” (STF, MS 22323/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, DJ 19.4.1996).

“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 incontestada (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." (STJ, RMS 15236/PI, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 16.2.2004).

"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. 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." (STJ, RMS 10594/AC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJe 2.5.2000).

III

12. Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso ordinário em mandado de segurança, para que seja concedida a ordem



pleiteada no sentido de ser preenchida por advogado ou membro do Ministério Público a sexta vaga de desembargador federal garantida pelo quinto constitucional.

Brasília, 30 de março de 2010.



Aurélio Virgílio Veiga Rios
Subprocurador-Geral da República